Die Beweisführung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Theoretisch-praktisches Handbuch

von

Dr. Wilh. Langenbeck,

vormals Hannoverschen Ober-Gerichts-Assessor, jetzt Docenten der Rechte an der Universität Jena.

Erste Abtheilung.

Den Gegenstand des Beweises behandelnd.

Leipzig,

Verlag von Wilhelm Engelmann.

1858.

„Quae mihi utilia factu visa sunt, quaeque tibi usui fore credidi, quam paucissimis potui, perscripsi."

Sallustius ad Caesarem de republ. ordin. orat. II.

Vorrede.

Zu dem in den vorliegenden Blättern enthaltenen Versuche eines Beitrags zur Lehre vom Beweise im gemeinen bürgerlichen Processe wurde der Verfasser zunächst durch die in seiner frühern practischen Rechtscarriere gewonnene Ueberzeugung bewogen, daß es trotz aller vorhandenen Monographien über Beweisführung dennoch an einem Werke fehlt, aus dem sich der Jurist in Zweifelsfällen genügende Auskunft oder auch nur Anhaltspunkte zur Bildung einer Meinung in der Kürze verschaffen kann.

Die älteren Arbeiten können aus dem Grunde wenig Nutzen mehr gewähren, weil deren Verfasser auf einem zu niedern Standpunkte wissenschaftlicher Bildung sich befanden, und von Ideen geleitet wurden, die wir als unrichtige längst aufgegeben haben; die neueren Abhandlungen beschränken sich fast durchweg auf einzelne Materien der Beweislehre (Beweislast, Beweisurtheil u. s. w.), und sind mehr oder weniger rein theoretisch, zum Theile auch in dem Grade rechtshistorisch gehalten, daß sie, überwiegend mit der Vergangenheit sich beschäftigend, auf die Frage, wie man h. z. T. zweifelhafte Dinge vor Gericht klar zu stellen habe und pflege, verhältnißmäßig karge Antwort ertheilen.

Den großen Nutzen der rechtsgeschichtlichen Forschungen unserer Zeit verkennen, hieße einen argen Mißgriff begehen, allein man darf so wenig ihren Werth überschätzend die Gegenwart vergessen, als wenig rein theoretisch verfahrend die Praxis ganz aus den Augen verlieren.

Ein um die Theorie hochverdienter Jurist[a]), dessen Leistungen h. z. T. leider nicht mehr mit gebührendem Danke anerkannt werden, sprach diese Bemerkung bereits vor mehr als 30 Jahren folgendermaßen aus:

„In der That wäre es ein übeler Umstand, wenn die neuen „theoretischen Erfindungen nicht zur Verbesserung des Herkömm„lichen benutzt werden sollten. Allein dennoch muß man lebhaft „wünschen, daß die Praxis nicht zu tief sinke, und ihren eigenthüm„lichen, wenn auch nicht überwiegenden Werth behaupte. Eine „gewisse Opposition ist in der Regel dem bürgerlichen Leben noth„wendig. Denn die ungehinderte Kraft überschreitet nur zu leicht „ihre Grenzen oder sie erschlafft, weil sie durch keinen Reiz wach „erhalten wird. Die Rechtstheorie kann aber ohne fleißige Berück„sichtigung der Praxis durchaus nicht bestehen. Erst im praktischen „Leben lernt man genau die Rechtsbedürfnisse und den Erfolg der „Rechtsgrundsätze kennen, und ein großer Theil unserer Rechts„bücher (namentlich das römische Recht und insbesondere der beste „Theil desselben, die Pandekten) entstand nicht aus philosophisch„historischen Untersuchungen, sondern aus der Betrachtung des „Lebens, findet also in dem Leben gerade seine beste Erklärung und „die zur vorsichtigen und geschickten Anwendung nöthigen Finger„zeige. Woher sollte es auch sonst gekommen sein, daß man so oft „mit vollem Grunde über das praktische Ungeschick bedeutender „Theoretiker klagte?"

Wenn das Zutreffende dieses Ausspruchs schon damals nicht verkannt werden konnte, so paßt er gewiß noch mehr auf die Gegenwart. Freilich liefern die für die Praxis bestimmten Aufsätze unserer juristischen Zeitschriften manche schätzenswerthe Bemerkungen und gerade für die Lehre vom Beweise im Civilprocesse ist und wird daraus viel gewonnen. Allein nur einem kleinen Theile des juristischen Publicums stehen diese Arbeiten zu Gebote, und Manchen von denjenigen, welchen sie zugänglich sind, fehlt die zu einem fortlaufenden, gründlichen Studium der oft viele Seiten ausfüllenden Abhandlungen erforderliche Muße. Eine bloße, gedrängte

---

a) Thibaut im Archiv für civil. Praxis Bd. V. Nr. 13.

Zusammenstellung der durch letztere gewonnenen Resultate unter genauer Allegation ihrer Quelle dürfte daher schon Nutzen gewähren.

Die Lösung einer ähnlichen Aufgabe ist in den vorliegenden Erörterungen versucht, daneben hat indeß der Verfasser bald mehr bald weniger sein eigenes Urtheil eingeflochten, jenachdem er mit den referirten Ansichten übereinstimmte, oder sich ihm Fragen aufdrängten, für deren Beantwortung er noch keine Vorarbeiten fand. Dabei hielt er für angemessen, dem Ganzen eine allgemeine Einleitung vorauszusenden, um durch diese das Verständniß der spätern einzelnen Argumentationen zu erleichtern. Diese Einleitung enthält zwar größtentheils Bemerkungen aus der Geschichte des Beweises, jedoch nicht weiter als eine Hinweisung auf die Vergangenheit in den nachfolgenden Betrachtungen unentbehrlich war.

Das gegenwärtige Werk ist nur für solche Leser bestimmt, denen eine Kenntniß der in unsern Civilproceßcompendien vorgetragenen Principien über die Beweisführung zu Gebote steht. Darum ist auch das Vorgetragene nur in einzelnen, die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Controversen behandelnden Aufsätzen gegeben, die indeß, wie man sich überzeugen wird, nach einem gewissen System geordnet sind[a]). Das ganze Werk zerfällt in drei Abtheilungen, von denen die erste über die Frage, was Gegenstand des Beweises sein kann, sich verbreitet, die zweite die Beweislast und deren Feststellung durch richterliches Interlocut, die dritte aber die Beweismittel sowie die Art ihrer Anwendung und die Beweisgründe behandeln wird.

Dieser Eintheilung entspricht es freilich nicht, wenn mit Beantwortung der Frage, inwiefern auch Rechtssätze Gegenstand der Beweisführung sein können, auch sogleich die Darstellung der Art und Weise, wie dieselben eintretenden Falles festgestellt werden, verbunden ist. Diese Inconsequenz dürfte aber Entschuldigung finden. Denn da der Beweis von Rechtssätzen als eine Ausnahme von der Regel, wonach regelmäßig nur Thatsachen bewiesen wer-

---

a) Dabei hat sich der Verfasser die Einrichtung des v. Gönner'schen Proceßwerkes zum Muster genommen.

den, sich darstellt, dürfte es angemessener sein, diese Ausnahme gleich vollständig zu besprechen, als durch das ganze Werk hindurch den Beweis von Thatsachen und von Rechtssätzen zu unterscheiden, wodurch die Darstellung sehr verweitläuftigt worden wäre.

Wo sich der Verfasser auf die Praxis berufen hat, ist er bemüht gewesen, seine Behauptungen mit Beispielen aus der ausgezeichneten Seuffert'schen Sammlung von Entscheidungen der höchsten deutschen Gerichtshöfe zu belegen, indem er von der Ansicht ausging, daß die Provocation auf Praxis gar nichts sagen will, wenn der Leser nicht davon überzeugt wird, daß die behauptete Praxis eine nicht vielleicht nur in des Autors Idee, sondern eine in der Wirklichkeit bestehende ist. In der Meinung jedoch, daß jene Seuffert'sche Sammlung trotz ihrer Vortrefflichkeit noch wenig verbreitet, wenigstens nicht allen Lesern, denen etwa diese Blätter vorliegen möchten, zugänglich sein dürfte, hat der Verfasser zugleich mit den Citaten, soweit es der Raum zuließ, eine summarische Inhaltsangabe verbunden.

Für ein möglichst genaues alphabetisches Register wird demnächst Sorge getragen werden.

Inhalt.

I. Einleitung.

II. Ueber den Gegenstand der Beweisführung im Allgemeinen.

III. Beweis von Rechtssätzen.

1. Vom Gewohnheitsrechte.

2. Vom gesetzlichen Rechte.

3. Beweis ausländischen Rechts.

IV. Von Beweisauflagen über irrelevante Thatsachen.

V. Vom Geständnisse.

1. Vom gerichtlichen Geständnisse.

2. Vom außergerichtlichen Geständnisse.

VI. Von der Notorietät.

VII. Ueber den Einfluß der Rechtskraft auf die Beweisfrage.

§. 1. Was in einem Civilrechtsstreite rechtskräftig festgestellt ist, darf für dieselben Parteien nicht wieder Gegenstand des Beweises werden S. 167. — §. 2. Was im Criminalprocesse für bewiesen erkannt ist, gilt nicht nothwendig als gewiß in einem Civilrechtsstreit S. 168. 169. — §. 3. Begründung dieses Satzes S. 169. 170. Ausnahmen davon S. 170. — §. 4—6. Entgegenstehende Ansichten und deren Prüfung S. 171—175, — §. 7. insonderheit mit Rücksicht auf Bestimmungen des römischen Rechts S. 175—178, — §. 8. ferner der Carolina S. 178—183, — §. 9. desgleichen der frühern deutschen, italienischen und der französischen Praktiker S. 183, — §. 10—12. desgleichen mit Rücksicht auf den verschiedenen Inhalt von Criminalerkenntnissen S. 184—190.

VIII. Ueber Vermuthungen.

§. 1. Begriff einer Vermuthung S. 191. — §. 2. Unterschied einer praesumtio facti und juris S. 192. — §. 3. Letztere überhebt der Beweislast, doch ist Beweis des Gegentheils zulässig S. 192. 193. Wieweit hat der Richter ex officio und praesumtiones juris Rücksicht zu nehmen? S. 193. Von der Ungewißheit der die praesumtio juris begründenden Thatsachen S. 194. — §. 4. Insbesondere von den Merkmalen der praesumtio juris S. 195—198. — §. 5. Insbesondere von der Beweiskraft der praesumtio facti S. 198—199. — §. 6. Praesumtio juris et de jure S. 199.

I.

Einleitung.

§. 1.

Dem Worte „Beweis" werden verschiedene Bedeutungen beigelegt, je nach den Beziehungen und Verhältnissen, in denen es in Rede oder Schrift vorkommt.

Sehen wir zunächst auf die Bedeutung, die es in der Sprache des gemeinen Lebens hat, im Gegensatze zu derjenigen, welche der Processualist mit ihm verbindet, so werden wir etwa sagen können: unter Beweis verstehen wir die Darlegung von Gründen, aus denen die Richtigkeit eines Satzes (einer Behauptung, eines Urtheils u. s. w.) hervorgeht. Eine solche Darlegung von Gründen hat Jedermann, welcher dem Andern irgend eine Mittheilung macht, allemal zu liefern, wenn er ihn von deren Richtigkeit überzeugen will.

Im Processe dagegen handelt es sich immer nur darum, die Ueberzeugung des Richters zu befestigen; ob die Zweifel dessen, welchem gegenüber eine Behauptung aufgestellt worden ist, beseitigt werden, darauf kommt überall nichts an. Ferner erhält der processualische Beweis dadurch etwas Eigenthümliches, daß die Rechte bestimmte Regeln sowohl für die Darlegung als Prüfung der Ueberzeugungsmomente aufgestellt haben, wodurch die Grenzen

bestimmt werden, bis zu welchen der Richter im Glauben und Nichtglauben gehen darf. Diese sind aus dem natürlichen Grunde unentbehrlich, weil Sicherheit und Gleichmäßigkeit im Urtheilen, — die Vorbedingungen einer wahren Gerechtigkeitspflege, — nicht erreicht werden könnten, sobald die Entscheidung über das Wahr und Nichtwahr lediglich dem bei der Verschiedenheit menschlicher Gemüther oft sehr verschieden sich äußernden richterlichen Ermessen überlassen wäre.

Für den bürgerlichen Proceß wird noch insonderheit der Umstand von Bedeutung, daß es sich in diesem Verfahren um Rechte handelt, die der Disposition der Parteien unterliegen. Wie nämlich letztere auf dieselben ganz verzichten können, so muß ihnen auch die Befugniß zugestanden werden, auf die Bedingungen ihrer gerichtlichen Geltendmachung zu verzichten. Sofern zu diesen die Führung von Beweisen über Thatsachen gehört, von denen der Ausgang eines Rechtsstreits abhängt, müssen wir folgerichtig zu dem Grundsatze kommen, daß im bürgerlichen Processe in Ansehung der Frage, ob und von wem zu beweisen, und was als außer Zweifel gesetzt anzusehen sei, die Vorträge der Parteien maßgebend werden, und also der Richter, anstatt Herstellung materieller Wahrheit verlangen zu dürfen, sich mit einer solchen begnügen muß, die das Ergebniß der zu den Acten gebrachten Vorträge ist.

Unter Erwägung alles Vorgetragenen dürfen wir nun eine Definition des civilprocessualischen Beweises etwa so geben: Beweis ist die Darlegung von Gründen, welche im Stande sind, dem Richter eine juristische Gewißheit in Ansehung solcher Thatsachen zu verschaffen, die den Ausgang des Rechtsstreits bestimmen und nach dem Stande der von den Parteien abgegebenen Erklärungen den processualischen Grundsätzen gemäß als noch ungewiß anzusehen sind.

Außerdem kommt das Wort Beweis nun noch in einigen engeren Bedeutungen vor. Man nimmt es nämlich gleichbedeutend mit

1) Beweisverfahren oder Beweisführung, d. h. Anwendung der Mittel, welche die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache bewirken sollen,

2) Beweislast, d. h. Verpflichtung den Richter zu überzeugen (conf. L. 2 D. 22, 3),

3) Beweisgrund, d. h. das Moment, welches den Richter bewegt, sich von einer Thatsache überzeugt zu halten,

4) Beweismittel, d. h. das Organ, durch welches dem Richter Beweisgründe zugeführt werden, endlich

5) Beweisresultat, wie man denn z. B. von einem vollen, halben u. s. w. Beweise zu reden pflegt.

§. 2.

Die Principien über Beweisführung gestalten sich in der Gesetzgebung eines Landes sehr verschieden, eine Erscheinung, welche sich daraus erklärt, daß dieselben genau zusammenhängen: einmal mit den Grundprincipien, worauf das Proceßrecht eines Landes überhaupt beruht, — sodann mit der Stellung des Richters — und drittens mit der Anordnung der Parteienvorträge. Dieses aus dem fremden recipirten sowohl als dem vaterländischen Rechte nachzuweisen ist erforderlich, bevor wir zu den in diesem Werke zu gebenden einzelnen Abhandlungen übergehen.

§. 3.

Der heutige gemeine deutsche Civilproceß geht von dem durch die Gesetze gebilligten, aus der Natur der in diesem Verfahren verfolgten Rechte sich ergebenden, einer unparteiischen Justizpflege

und dem Glauben des Volks an diese wesentlich förderlichen[a]) Grundsatze aus, daß die richterliche Thätigkeit durch die Vor- und Anträge der Parteien bedingt sei. Darum leitet der Richter weder Processe unaufgefordert ein, noch sorgt er ohne desfallsigen Parteiantrag für die Fortsetzung eines einmal begonnenen Verfahrens, denn, „wenn der Betheiligte, es sei, durch welche Handlung oder Unterlassung immer, zu erkennen giebt, daß er den angesprochenen Rechtsschutz nicht weiter verlange, so ist das gerade so viel, als wenn er ihn gar nicht verlangt hätte"[b]). Weil es nun reine Sache der Partei ist zu bestimmen, was und wieviel sie von den ihr zur Verfolgung ihres Rechts zu Gebote stehenden Mitteln vorbringen will (da sie ja auf dieses Recht total so gut als theilweise verzichten kann), so zieht der Richter in der Regel auch überhaupt nichts in den Kreis seiner officiellen Betrachtung, was ihm nicht auf legale Weise vorgetragen, oder, wie man zu sagen pflegt, nicht „zu den Acten gebracht" worden ist. Dieses wegen des Einflusses der Verhandlungen der Parteien mit dem dafür gebräuchlich gewordenen Ausdruck der Verhandlungsmaxime bezeichnete Grundprincip zeigt sich auch insonderheit maßgebend für die Thätigkeit des Richters bei Herstellung von Beweisen, indem der Richter weder einen, wenn auch relevanten, dennoch aber nicht von der Partei zur Sprache gebrachten Umstand zum Gegenstande der Beweisführung macht, noch auch in dem Falle, daß er von der Partei in Bezug genommen wäre, als zweifellos und gewiß annimmt, bevor er durch die Partei von der Wahrheit desselben durch die gesetzlich zulässigen und gebotenen Formen überzeugt worden ist[c]),

---

a) Conf. Bayer, Civilproceß, 7. Aufl. S. 14.

b) Conf. Puchta, „über die Grenzen des Richteramts" S. 11. Ueber das Ganze s. überhaupt S. 1—17. Mittermaier, deutscher Civilproceß Bd. I S. 70 ff.

c) Vorausgesetzt, daß es nicht ein Umstand ist, der wegen Geständnisses

gesetzt auch, er hätte privatim, oder im Laufe eines andern Processes, oder bei Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit Kenntniß davon erhalten, oder hielte ihn aus andern Gründen persönlich für zweifellos. Während des Richters Thätigkeit nur darin besteht, daß er durch ein die Basis des ganzen Beweisverfahrens bildendes Urtheil[a]) bestimmt, was und von wem zu beweisen sei[b]), für die Anwendung der Beweismittel sorgt[c]) und das Ergebniß deren Anwendung unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Acten prüft und ausspricht[d]), ist es Aufgabe der Partei, die Beweismittel aufzusuchen und dem Richter mit einem auf die Art und Weise ihrer Anwendung gerichteten Antrage vorzuschlagen[e]), (wie man sagt „den Beweis anzutreten").

Ganz anders gestaltet sich die Sache in denjenigen Ländern, deren Proceßgesetzgebung auf der Untersuchungsmaxime[f]) beruht. Diese characterisirt sich durch eine mit der Verhandlungs-

---

der Gegenpartei, Notorietät oder einer für ihn streitenden Rechtsvermuthung keines Beweises bedarf. S. die Abhandlungen sub V, VI und VIII.

a) Ueber dessen Nothwendigkeit S. 33.

b) Denn hierin liegt ein Act des Judicirens S. 33. 34.

c) Der Richter bleibt immer Proceßdirector, hat also die Zuläßigkeit derselben zu prüfen, und meistens hat nur er die Macht, die Anwendung zu veranstalten und ihr die gehörige Form und Legalität zu geben.

d) Darin besteht lediglich eine Judicatur.

e) Denn diese Mittel sind der Partei zur Verfolgung ihres Zwecks gegeben, sie kann über dieselben als ihre Rechte modificirend oder wirksam machend disponiren, ihr muß folglich überlassen bleiben sich darüber zu entscheiden, wieweit sie wünscht, daß von denselben als nützlich und dienlich Gebrauch gemacht werden möge.

f) Wir nehmen hier die Bezeichnung „Untersuchungsmaxime", wie sie nun einmal eingeführt ist, ohne dabei an ein aller Dispositionsfreiheit der Parteien widersprechendes Verfahren zu denken, wenn freilich die an peinlichen Proceß erinnernde Bezeichnung dergleichen Gedanken Raum zu geben scheint. Daß insonderheit der auf das Untersuchungsprincip gebaute Preuß. Proceß die Freiheit ein Recht zu verfolgen und aufzugeben nicht beschränkt, zeigt Puchta, a. a. O. S. 138 und Gönner, Proceß Bd. I Nr. VIII.

maxime unvereinbare „besondere Rücksicht, das materielle Recht im formellen möglichst zu verwirklichen, wodurch die richterliche Thätigkeit in demselben Maße sich erweitern kann, worin die Mitwirkung der Parteien als absolut nothwendig beengt wird". (Conf. Linde, Civilproceß §. 143.) Ueberall freier gestellt und von den Vorträgen der Parteien unabhängiger hat hier der Richter insonderheit freiere Hand in Aufklärung derjenigen Umstände, die nach Lage der Sache in Zweifel zu ziehen sind, und für die Entscheidung der Sache erheblich erscheinen. Er braucht deßhalb nicht durch ein besonderes Urtheil eine Grundlage für die Beweisführung der Partei zu schaffen, denn er hilft derselben bei Herstellung der Beweise ungebeten, zieht auch selbst solche Momente in Erwägung und stellt sie nöthigenfalls klar, auf welche die Parteien nicht einst hingewiesen haben[a]).

§. 4.

Wieweit in dem im Allgemeinen an der Verhandlungsmaxime festhaltenden römischen Rechte dieselbe zur consequenten Durchführung gelangt sein mag, darüber geben unsere Quellen keine zuverlässige Nachricht, die darüber sich verbreitenden gesetzlichen Bestimmungen[b]) scheinen sich vielmehr zu widersprechen, und haben

---

a) Wir werden hierauf später recurriren, eine weitere Ausführung würde hier deßhalb nicht am rechten Orte sein, weil sie mit einer andern, erst später zu erörternden Grundidee des gemeinen Processes eng zusammenhängt. Uebrigens vergl. die Einleitung zu der auf dem Untersuchungsprincip basirten allgemeinen Preuß. Gerichtsordnung: „§. 16. Wenn eine erhebliche Thatsache geleugnet „wird, so ist zwar vornehmlich derjenige Theil, welcher darauf sich gründet, „schuldig dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden könne, §. 17 der Richter ist jedoch an diese „Angabe nicht gebunden, sondern hat das Recht und die Pflicht, andere Mittel, „die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen zur Erforschung der Wahrheit sich ergeben, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien anzuwenden."

b) z. B. L. 25. §. 8. D. de aedil. edict. Item sciendum est, haec

bereits auf den Gedanken hingeleitet, daß sie für bestimmte Fälle gegeben eine allgemeine Regel um so weniger zu fundiren geeignet seien, als der Concipient jener Gesetzesstellen den concreten Fall, für welchen sie als Antworten auf Anfragen der Richter oder Zurechtweisungen von richterlichen Excessen berechnet gewesen, zu sehr in's Auge gefaßt haben mochte, ohne sich auf den höhern Standpunkt zu stellen, von wo aus die verschiedenen Stellungen des Richters behuf Feststellung einer allgemeinen Regel zu übersehen allein möglich, aber durchaus nöthig war[a]).

Während Manche nun den Gedanken, auf das Richtige zu kommen, als unausführbar fahren ließen, haben Andere sich die Verhandlungsmaxime mit der großartigsten alle freie Thätigkeit des Richters hemmenden Strenge durchgeführt gedacht. Wie aber hierin ein nicht geringer Irrthum liege, und wie man bald davon zurückkommen werde, wenn man zum Beweise der viel freieren Thätigkeit des römischen Richters[b]) nur auf die von dem Praetor

---

omnia, quae exprimuntur edicto Aedilium, praestare eum debere, si ante judicium acceptum facta sint; idcirco enim necesse fuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. Ceterum post judicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur, et tam fructus quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt; judici enim, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur; ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta. — L. un. C. ut quae desunt advocat. Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere, et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire. — L. 4 §. 8 D. de damn. inf. L. 18 D. 10. 3. Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. Vergl. mit der ersten Stelle Heffter, Institutionen des Civilprocesses S. 229.

a) Vergl. Puchta, Grenzen des Richteramts S. 7—9.

b) d. h. im Vergleiche zu der dem heutigen Richter nach gemeinem Rechte verstatteten.

zur Aufklärung gestellten Interrogationen und die Ansichten der Gesetze über das Officium judicis seine Aufmerksamkeit richtet[a]), dieses scheint uns ebenso zweifellos, als ganz besonders auch die im Beweisverfahren der Römer augenscheinlich sich bewährende unmittelbare Thätigkeit des Richters gegen die Richtigkeit jener Ansicht sprechen dürfte.

Von wesentlicher Bedeutung für das Beweisverfahren wurde die lange Zeit hindurch gebräuchliche Theilung des Richtergeschäfts zwischen dem Magistrate und judex. So lange ein ordo judiciorum privatorum bestand, konnten wohl der Natur der Verhältnisse nach wenige bestimmte Regeln in Ansehung der Frage, wer zu beweisen habe, was zu beweisen und wann bewiesen sei, zu Stande kommen. Der Magistrat ordnete im Allgemeinen das Streitverhältniß, so daß des judex gewöhnliche, aber freilich keineswegs alleinige[b]) Aufgabe in Prüfung der Wahrheit der Par-

---

a) Conf. Gajus IV. 63. 64. §. 39 Jnst. de act. Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debebatur. Namque ex bono et aequo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, oportet in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est. Jnst. IV. tit. 17. Mittermaier, deutscher Civilproceß Bd. 1. S. 71. Treffend sagt Puchta (Gewohnh. Recht Th. 2 S. 153. 154: „Die gelehrte Rechtskenntniß hat überhaupt die Folge gehabt, das Auffinden des Rechtssatzes, der den Streit entscheidet, als den Hauptbestandtheil des richterlichen Amts erscheinen, und dagegen die Untersuchung der Thatsachen zurücktreten zu lassen, in Beziehung auf welche der Richter sodann unter den bestimmenden Einfluß der Parteien gesetzt wird. Auf diesem Wege hat sich die Verhandlungsmaxime bis zu der Schärfe herangebildet, in der wir sie bei den neuern Processualisten erblicken, während der römische Richter, an welchen die Anforderung einer rechtswissenschaftlichen Bildung nicht gemacht wurde, auf eine weit selbstständigere Art für die Erforschung der Thatsachen thätig war."

b) Unrichtig ist es, wenn Mühlenbruch (Proceß §. 235) behauptet, „daß das ganze Verfahren vor dem judex überhaupt nichts als ein probare war." Dieses hat Planck (Beweisurtheil S. 117) genügend nachgewiesen; er macht uns klar, daß die Function des judex u. A. bei s. g. bonae fidei actiones nicht bloß in Untersuchung der Richtigkeit des Klagegrundes bestand, sondern

teienvorträge bestand. Dieser judex war nun aber eine Privatperson, welche sich keineswegs wie unser heutiger Richter das Studium und die Anwendung des Rechts zur Berufspflicht ihres Lebens gemacht hatte, nein! er wurde, wie unsere Geschworenen, unvorbereitet von seinen Geschäften fort zum temporär fungirenden Richter berufen, sobald er aus der Zahl der für solch' zeitweiliges Amt vom Praetor in's album eingetragenen Männer zur Entscheidung einer einzelnen Streitsache auserkoren war. Was hätte es daher geholfen, wenn auch die Rechte eine Auswahl von detaillirten Beweisregeln geboten hätten, wie würde sich der judex für diese oder jene haben entscheiden können, wenn er von ihrem Inhalte, ja! vielleicht von ihrem Dasein nicht einst Kenntniß hatte? Die Formeln konnten keine Aushülfe an die Hand geben und so aus deren häufig wiederkehrendem gleichlautendem Inhalte feste Regeln sich nicht bilden, denn sie bezeichneten nur allgemein das Rechtsverhältniß, um welches der Streit sich drehte, erst vor dem judex zeigte sich genau, in welcher Weise die Parteien ihre Intentionen substantiiren wollten, frühestens ließ sich also hier ersehen, worauf ein erforderlicher Beweis hinauslaufen und wie er unternommen werden möchte; der dabei etwa in Betracht zu ziehenden Regeln konnte folglich in der Formel gar nicht gedacht werden.

In Ansehung der Beweislast war allgemeine Regel: »ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat«, ein Princip, welches, wie zu Eingang des §. 1 bemerkt, Jedermann aus der Erfahrung

---

in Feststellung all' derjenigen Umstände, von denen die Gerechtigkeit des Klagegrundes abhing (so daß z. B. alle exceptiones, wie compensationis, doli, metus u. s. w. nicht bloß im Verfahren vor dem judex bewiesen, sondern auch erst vorgebracht wurden), und daß sie sogar in den strictis judiciis nicht auf Untersuchung der Beweisfrage beschränkt war, indem bei der formula auf ein incertum concepta die genaue Festsetzung dessen, was in dem quidquid dari fierive oportet enthalten, eine ganz verschiedenartige Verhandlung z. B. über Zeit der Herausgabe, Größe der Früchte u. s. w. erforderlich machte.

des gemeinen Lebens kennt. Dieser höchst natürliche Grundsatz findet sich, wenn auch verschieden nach seiner theoretischen Auffassung angewandt, fast in jeder Form des gerichtlichen Verfahrens, und wie man mit Recht angenommen hat, daß er vor dem Formularprocesse sich geltend gemacht habe[a]), so wird sich dieses selbst bis auf den heutigen Tag nicht leugnen lassen. Bei den Römern aber, die sich jenes andern, weiter unten zu beleuchtenden, das heutige Proceßrecht durchdringenden, mit dem Namen der Eventualmaxime bezeichneten Grundgedankens wenig bewußt waren (vgl. unten), wurde eben deßhalb das onus probandi gar nicht zum Voraus bestimmt, Beweis und Gegenbeweis noch weniger äußerlich geschieden. Bei dem Mangel bestimmter Anordnung der Parteienvorträge brachte Kläger etwa zunächst bei, was seine Behauptung unterstützen, die gegnerische aber entkräften sollte, ähnlich handelte der in excipiendo als actor erscheinende Beklagte, worauf wieder der erstere auf besagte Weise und nach ihm der letztere fortfuhr, so lange der judex nicht einzuhalten gebot. Das einzelne Vorbringen hatte weder „eine eigenthümliche Form noch seine fest bestimmte Stelle, beides wurde nur durch die Sache selbst bedingt und von dem Richter ihr gemäß geleitet"[b]), dabei aber wohl der Bequemlichkeit des Richters wie der Parteien nicht unbedeutende Rechnung getragen. Der Beweis der hinc inde aufgestellten Behauptungen folgte diesen möglichst auf dem Fuße nach, waren Be-

---

a) Vergl. Zimmern, Geschichte des römischen Rechts, Band 3 §. 132.

b) Vergl. Bethmann-Hollweg, Proceß des sinkenden römischen Reichs Bd. 1 §. 23. 24. Zweckmäßigkeit mag es nun auch veranlaßt haben, daß vor allem mit der Beweisführung über solche Behauptungen der Anfang gemacht wurde, die präjudicieller Art waren. Man hat daher neuerlich wohl nicht ohne Grund angenommen, daß nach der s. g. causae collectio vor dem Vortrage und Beweise des Klagegrundes der Beweis der foribeclinatorischen, den Legitimationspunkt betreffenden und sonstigen präjudiciellen, in älterer Zeit als praescriptiones pro reo bezeichneten Einwendungen Statt gefunden habe. Vergl. Archiv f. civil. Praxis Bd. 38 S. 223. 226.

weismittel indeß nicht gleich zur Stelle, so konnte auf deren Beibringung in einem andern Termin interloquirt werden. S. Bethmann-Hollweg S. 265 Not. 2 (über den Proceß der fullones und magistri fontani). Erst nach geendetem Verfahren wurde geprüft, wem und in wieweit das onus probandi obgelegen[a]). Ueber Zulassung fernerer Beweismittel war der Richter nicht weniger als in Ansehung der Frage, ob er überzeugt sei, auf die Natur der vorliegenden Sache und sein arbitrium verwiesen. Deutlich ersehen wir solches aus dem Inhalte der L. 3 §. 2 D. de test., worin der Kaiser Hadrian dem Valerius Verus rescribirt: „Welche Beweisgründe und in welchem Maße sie für die Aufklärung einer Sache genügen, darüber kann eine allgemeine Regel gar nicht gegeben werden. — — Im Allgemeinen kann ich Dir nur dieses sagen: man muß durchaus nicht seine Untersuchung sogleich an eine einzige Art des Beweises binden, vielmehr hast Du nach Deiner innern Ueberzeugung abzuwägen, was Du entweder glauben oder als für den Beweis unzureichend ansehen sollst.“ Nach Aufhebung des ordo judiciorum privatorum stand der Einführung specieller Beweisregeln nicht nur nichts mehr im Wege, sie wurde vielmehr geradezu nöthig, weil sich die Stellung des Richters wesentlich verändert hatte. Zwar ersieht man aus dem Inhalte des über das officium judicis handelnden Titels der Justinianeischen Rechtsbücher, daß die allgemeinen Grundsätze über richterliche Functionen nicht viel anders lauteten als diejenigen, welche auch in Bezug auf den judex privatus gegolten hatten[b]), zwar war der letztere, so lange er in Function war, als eine vermöge seines Auftrages über den Parteien stehende, die Staatsgewalt repräsen-

---

a) Vergl. Zimmern a. a. O.

b) Gerade die geringe Ausbeute an quellenmäßigen Nachrichten über unsere Frage dürfte für die Ansicht sprechen, daß in der Hauptsache die ältern Grundsätze Geltung behielten.

tirende Person angesehen worden; aber trotzdem war er Richter mit dem freien Willen der Parteien gewesen[a]), kein zur Vollstrekkung des Willens eines oft nur zu sehr despotischen Herrschers geworbener Diener, sondern zu seinem Amte aus der Zahl derer berufen, welche die Bedürfnisse des Volks am besten kannten. Bei dieser Lage der Umstände schien das Vorwiegen seines arbitrii wenig gefährlich. Je mehr freilich das Recht sich ausbildete, je wissenschaftlicher die Behandlung wurde, konnte man bestimmter Normen für die Beurtheilung von Zulässigkeit, Nothwendigkeit und Tauglichkeit bestimmter Beweismittel auch schon aus diesem Grunde nicht wohl mehr entbehren. Und so mögen sich denn dergleichen Regeln anfänglich durch eine gewisse Praxis gebildet haben, die im Laufe der Zeit sich bewährten, durch kaiserliche Constitutionen sanctionirt und vermehrt wurden. Diejenigen Imperatoren, welche nach Aufhebung des ordo judiciorum um die Ausbildung des Rechts sich verdient gemacht haben, schufen nach und nach eine Anzahl auf die Beweisführung sich beziehender Sätze, geeignet durch eine Gleichheit im Judiciren und Beschränkung richterlicher Willkühr eine Forderung der Zeit zu befriedigen, die um so fühlbarer werden mußte, je mehr nach Aufhebung des oben bemerkten Grundsatzes, daß nur der als Richter fungirte, der es mit dem freien Willen der Parteien war, der Glaube des Volks an eine gerechte Justizpflege mächtig zu wanken begonnen haben mochte.

Trotzdem dürfen wir annehmen, daß dem Richter für freiere Bewegung noch immer erheblicher Raum gelassen war, und er schon aus dem Grunde seine Thätigkeit unmittelbarer äußern konnte (als in den spätern Zeiten in Deutschland, wo der Richter

---

a) Vergl. Zimmern l. c. §. 8. — Cicero pro Cluentio c. 43 „Neminem voluerunt majores esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.“

nicht mehr persönlich zu den Parteien sprach), weil das Verfahren ein mündliches war.

§. 5.

Bevor wir in unsern Betrachtungen fortfahren, müssen wir vorerst einen Blick werfen auf das vaterländische Recht, wie es vor der Vermischung mit dem fremden war. Wir finden hier ganz andere Begriffe von der Beweisführung, den Formen wie dem Grunde derselben, eben weil die Stellung des Gerichts und die ganze Grundlage des gerichtlichen Verfahrens eine völlig andere ist[a]).

Während der römische Bürger bei allem Gefühle seiner Würde den Richter, vor welchem er erscheint, stets als einen über ihm stehenden Repräsentanten der vollziehenden Staatsgewalt ansieht, dessen Aussprüchen er sich unbedingt zu fügen hat, und dessen Hülfe er zur Verfolgung seiner von einem opponirenden Gegner gefährdeten Rechte nicht entbehren kann, erblickt der freie Germane in seinen Richtern nur eine Versammlung von Genossen[b]), denen er sich völlig ebenbürtig erachtet und seine Sache zunächst nur deßhalb vorträgt, weil es ihm um deren Ansicht über dieselbe, um die Billigung seiner Handlungsweise bei Verfolgung seiner Rechte zu thun ist. An und für sich ist der freie Mann in seiner vollkommenen Selbstständigkeit befugt, sich vor jeder Kränkung seiner Rechte selbst, und allenfalls, wo er dazu nicht im Stande, unter

---

a) Vergl.: Schaumann, Acten des ersten schriftlichen Processes in Deutschland (Jena 1847.) Seite 9, Einleit.

b) An die Stelle der Gesammtheit treten später die als deren Repräsentanten anzusehenden Schöffen. Der Richter ist Vertreter des an der Spitze der Gerichtsbarkeit stehenden Königs, er hat den Bann, das Recht zu bewahren und den Frieden zu schützen, aber er kann das Recht so wenig finden als schelten, nur verkünden. Wo er handeln will, ist überall seine Thätigkeit von dem Beschlusse der Schöffen über die Rechtmäßigkeit der intendirten Handlung bedingt, selbst in Ansehung der Frage, ob er Gericht hegen möge, denn nur da ist Gericht „dar die richtere mit ordelen richten". Sachsensp. I, 62.

dem Beistande seiner Freunde zu schützen. Diese in dem Volkscharacter unserer Altvorderen tief begründete Idee der Rechtmäßigkeit der Selbsthülfe in gerechter Sache, die man mit dem Namen des Fehderechts bezeichnet, läßt jede Verfolgung des Rechts vor Gericht als einen Ersatz, ein Abbild der Fehde erscheinen [a]). Geschriebene Rechte, welche dem über die Rechtmäßigkeit anzuwendender Selbsthülfe in Ungewißheit Befindlichen Auskunft hätten ertheilen können, existirten nicht, und da konnte begreiflich gar oft

---

a) Ob der Verletzte so völlig unbeschränkt war, wie Einige solches behauptet haben, oder ob er das Fehderecht nur innerhalb gewisser der zügellosen Willkühr gesetzter Schranken zur Geltung bringen durfte, wollen wir hier nicht weiter untersuchen. (Vergl. darüber, was Rogge (Gerichtsverfahren der alten Germanen §. 1) und Walter (deutsche Rechtsgeschichte §. 662) und die von dem letztern angeführten Schriftsteller sagen.) Darauf kommt für unsere Darstellung wenig an. Unsere Absicht geht nur dahin, den Streit vor Gericht als einen Ersatz der Fehde darzustellen, um daraus die Beweisführung im Gerichte zu erklären. Wir wollen gern annehmen, daß die Gemeingefährlichkeit der Eigenmacht bald dahin führen mußte, für gewisse Fälle die gerichtliche Verfolgung als Regel an die Stelle treten zu lassen; ursprünglich hat aber gewiß jeder Germane sich berechtigt geglaubt, sein eigener Schützer und Vertheidiger seiner Rechte sein zu können. (Dieser Gedanke ist bei allen in der Kindheit stehenden Völkern ja so natürlich, er konnte nur nicht bei allen gleich lange practische Bedeutung behalten, weil nicht alle unserm Volke gleich sich durch Redlichkeit und Freiheitssinn auszeichneten.) Wenn also auch bald es zur Sitte wurde, Fragen wegen des Daseins von Rechten und Rechtsverhältnissen wie des Eigenthums, einer contrahirten Schuld und dergl. unbedingt zum Austrage vor Gericht zu bringen, während die Fehde nur noch bei Verletzungen an Leib, Ehre und Gut, welche heutigen Tags etwa als Criminalfälle bezeichnet werden möchten, zur Anwendung kam; so steht doch nichts im Wege anzunehmen, daß die einmal entstandene Idee, welche in dem gerichtlichen Verfahren ein Surrogat und Abbild der Fehde erblickte, überall fortdauerte, mochte eigener Wille oder der durch die Sitte gebotene Zwang den Verletzten bestimmen, die Genossen um einen Ausspruch in seiner Sache anzugehn. Der Gedanke einer im Allgemeinen und an und für sich dem freien Manne zustehenden Befugniß, in der eigenen Kraft Schutz zu suchen, als eines Rechts, in dessen Besitz ihn die Natur selbst gesetzt hatte, war zu sehr mit dem Character der alten Germanen verwoben, als daß nicht jegliches Streiten vor Gericht an jenen wirklichen Kampf hätte erinnern sollen.

der vermeintlich Verletzte in der Lage sein, die Genossen zu einem Ausspruch behuf Beseitigung seiner Zweifel aufzufordern, und an diesen war es nunmehr, „ihm das Recht zu weisen". Ganz richtig sieht man denn die Urtheile unserer Urväter als Zeugnisse des geltenden Rechts an, in denen entschieden sich ein gesetzgeberisches Element bemerklich macht, so daß sie weniger sich mit der Anwendung des Rechtssatzes auf streitige Fälle, als vielmehr erst mit der Aufstellung eines solchen Rechtssatzes befassen, der die Parteien über ihre Ansprüche belehren soll [a]). (Vergl. Planck, Beweisurtheil S. 3.) War dieser gefunden, so verstand es sich ganz von selbst, daß der Beklagte, wenn er ungünstig für ihn lautete, demselben gemäß zu handeln oder zu unterlassen hatte, ohne daß solches durch ein besonderes condemnirendes Urtheil ausgesprochen zu werden brauchte. Beklagter mochte es auch schwerlich wagen dem, was die Genossen zu Gunsten seines Gegners gebilligt hatten, ferner sich zu widersetzen, da andernfalls jener den Beistand der Genossen erwarten durfte. Dieser äußerste Fall mochte sich bei dem bewährten biedern Character unserer Vorfahren auch gewiß selten ereignen, zu geschweigen, daß er eine Herabsetzung in der Achtung der Genossen zur Folge hatte, die zum Verluste aller Theilnahme an der Genossenschaft führen konnte, wenn er sich häufiger bemerklich machte.

Wer nun als freier, unbescholtener Mann an die öffentliche Meinung appellirte, hatte vor allen Dingen Anspruch darauf, daß man seinen Worten Glauben schenkte, bis dahin wenigstens, daß es seinem Gegner gelungen war, das Gewicht seiner Versicherung zu überwinden, indem er ein mächtigeres Wort dagegen in die Waageschale legte. Während der Römer sich den Zweifel des über

a) Wir bemerken dieses hier vorerst ganz allgemein, später werden wir Gelegenheit haben, davon eine sehr wichtige Anwendung für die Zeit des Sachsenspiegels und Richtsteigs z. Landr. zu machen.

ihm stehenden Richters an der Richtigkeit der seiner Klage zum Grunde dienenden Thatsachen gefallen lassen muß, würde der freie Germane es als die tiefste Kränkung des guten Namens, auf den unsere Altvordern einen so hohen Werth legten, angesehen haben, wenn er bei seinesgleichen mit dem, was er durch sein Wort bekräftigte, nicht einmal Glauben gefunden hätte. Und wie mochte man nur einmal zweifeln gegenüber einem Manne, der seine bisher für makellos gehaltene Redlichkeit von Neuem durch Appellation an das Urtheil der Genossen bewährt, d. h. einen Schritt gethan hatte, von dem er das Gegentheil des gehofften Erfolgs erwarten mußte, wenn er bei seinen Versicherungen auch nur im Geringsten von der Wahrheit abwich, während es viel leichter und wenigstens möglich für ihn gewesen wäre, bei ungerechtfertigter Selbsthülfe mindestens den Schein eines Rechts zu wahren?

Abgesehen hiervon ist es an dem Beklagten, als regelmäßig[a]) angegriffenem Theile, den wider ihn von dem Gegner gemachten Angriff vor Gericht eben so gut zurückzuweisen, als er in der wirklichen Fehde sich dagegen gewehrt haben würde. Da nun des Klägers Angriff in der Genossen Glauben an seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit bereits eine starke Stütze gefunden hat, so bleibt dem Beklagten nichts übrig, als dem Worte des Klägers einen noch mächtigern Ausspruch entgegenzusetzen, denn keineswegs unantastbar ist jene klägerische Versicherung, wie wir sehen werden. Sie begründet nur nach Art der Rechtsvermuthungen eine Interimswahrheit.

---

a) Als Angegriffener wurde derjenige betrachtet, der ein Recht zu haben behauptete, welches der Andere ihm abgewinnen wollte. In dieser Lage befand sich in den meisten Fällen der Beklagte. (Daß es freilich mitunter anders sein konnte, zeigt in einer Reihe von Beispielen Planck in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 10 S. 239 ff.) Hierdurch wird der Ausdruck „regelmäßig" gerechtfertigt sein.

Um sich den Sieg zu verschaffen, hatte der Beklagte zu zeigen, daß er diesen ebenfalls würde davon getragen haben, wenn es zum wirklichen Kampfe gekommen wäre. Zu dem Ende bediente er sich gewisser Formen, aus denen erkannt werden sollte, daß die Gottheit seiner Sache gewogen sei, folglich ihm in der Fehde auch den zum Siege führenden Beistand würde gewährt haben. Diese Formen werden mit dem Worte „Ordalien" bezeichnet, d. h. Urtheile (altdeutsch „Ordeln") im s. g. Gottesgerichte[a]) Hierin offenbart sich der fromme Glaube unserer Vorfahren an die unbesiegliche Macht des Rechts im Kampfe mit dem Bösen, freilich aber auch ein derartiger Aberglaube, wie man ihn dem verständigen Wesen der alten Germanen kaum zutrauen sollte. Aus diesem Grunde hat man die Behauptung aufzustellen gewagt, daß unsere Urväter überall kein Beweisverfahren gekannt hätten. Ein renommirter Kenner des altdeutschen Rechts[b]), Rogge, erklärt geradezu: „Vollkommene Beweislosigkeit ist der Character des altgermanischen „Processes." „Eine Gemüthseigenthümlichkeit der Germanen war „ein Aberglaube von der allergewaltigsten Lebendigkeit, für den die „wunderlichsten Schöpfungen der Volksphantasie eine so leibhafte „Existenz hatten, als was mit Augen gesehen, mit Ohren gehört „wurde." Unser Autor führt nun weiter an, daß z. B. nach L. Salica eine Hexe, die einen Mann bei lebendigem Leibe verschlungen, dessen Wehrgeld bezahlen soll, er bemerkt hierzu, daß ein derartiger Satz des practischen Rechts für den Fall wenigstens, wovon er redet, jeden Gedanken an Beweis entferne[c]),

---

a) Die gewöhnlichsten waren: die Feuerprobe, der Kesselfang, gerichtlicher Zweikampf.

b) S. Rogge's Werk „Gerichtsverfahren der alten Germanen" §. 16. S. 93.

c) Wie lange liegt denn die Zeit hinter uns, zu welcher man um der unmöglichsten Anschuldigungen willen Zauberer und Hexen bestrafte, weil man den Inhalt solcher Anklagen als erwiesen ansah? Wird Rogge auch von Be-

und schließt dann mit dem allgemein gehaltenen Ausrufe: „Wie kann da, wo Glauben, Aberglauben und sinnliche Anschauung nur auf einer Stufe subjectiver Ueberzeugung stehen, für einen Beweis Raum übrig bleiben!“ Zeigt denn aber nicht der von Rogge selbst an einem andern Orte mitgetheilte Umstand, daß erst nächst dem Zeugnisse der Gottheit und der Gemeinde das Wort des Freien Anspruch auf Glauben hatte, daß der Gegner aber auf jenes Zeugniß mit Erfolg provociren, daß auch das Wort des Freien durch eine noch „gewaltigere Antwort (Eid mit Eideshelfern) überwunden“ werden konnten, — zeigt dieses Alles nicht, wie unsere Vorfahren sehr wohl den Werth abgegebener Versicherungen nach ihrer Quelle gegen einander abwogen, was doch ganz unerklärlich bliebe, wenn der Aberglaube einem Beweise so gar keinen Raum übrig gelassen hätte! Die Unrichtigkeit der von Rogge aufgestellten Behauptung bedarf keines weitern Beweises; darin stimmt uns ein bedeutender Gewährsmann[a]) bei, „weil aus Rogge's eigenen Bemerkungen, selbst angenommen, man könnte ihnen ganz und unbedingt beipflichten, nur so viel hervorgeht, daß das Beweisverfahren unserer Vorväter völlig von dem unsrigen verschieden gewesen ist, aber noch keineswegs, daß dieselben gar kein's gehabt haben“.

Eine fernere Abwehr des gegnerischen Angriffs war für den Beklagten der Eid. Ihn hielten die alten Germanen vorzüglich hoch, für eine Waffe, mit der schon der Einzelne im Streite vor Gericht in vielen Fällen den Sieg erringen konnte. Man nahm an, daß er mehr Beweiskraft habe als das Zeugniß Anderer, sobald er sich auf des Schwörenden eigene Handlungen bezog, da in Ansehung dieser der Handelnde selbst bessere Auskunft zu geben

---

nedict Carpzow und seinen, durch ihre Thätigkeit in Hexenprocessen bekannten Collegen sagen, sie hätten kein Beweisverfahren gekannt?

a) Vergl. Maurer, Geschichte des altgerm. Gerichtsverf. §. 1.

vermöge, als die sich leichter irrenden dritten Personen. Nur in wichtigern Sachen genügte diese Waffe, um der Möglichkeit eines Meineids willen, nicht in der Hand des Beklagten allein, es mußte noch ein unterstützendes anderes Moment hinzukommen. Falls es nun richtig ist, was wir oben bemerkten, daß nämlich der Zweck des vor Gericht auftretenden Germanen vorzugsweise auf Erwerbung des Beifalls der Genossen gerichtet war[a]), so liegt es nahe, daß die Meinung der letztern sich leicht auf die Seite des Beklagten neigte, sobald er die Stimme einer größern Anzahl ebenbürtiger Männer für sich anführen konnte. Eine Sache, unterstützt durch die erklärte beifällige Ansicht anderer an Ruf und Stellung den Richtern gleicher Männer, mußte natürlich in den Augen der Richter erheblich schon an und für sich gewinnen, denn je einfacher und kindlicher der Sinn eines Menschen, desto mehr ist er geneigt, sein eigenes Urtheil dem der übrigen Menschen anzupassen. Wurde nun eine vor Gericht abgegebene mit der ausgesprochenen Ansicht Anderer harmonirende Versicherung des Beklagten nach eidlicher Bekräftigung zu einer durch die Religion qualificirten[b]), so konnte sie durch ihr Gewicht des Klägers Wort in seiner Tragweite dermaßen abschwächen, daß der Beklagte den Sieg davon trug. Hier haben wir das Institut der s. g. Eideshelfer oder Consacramentalen, deren Rogge obenerwähntermaßen gedenkt, und deren Zulässigkeit und Zulänglichkeit als Beweismittel, wenn man sie von dem von uns geschilderten Gesichtspunkte aus betrachtet, das sonst anscheinend Räthselhafte verliert. Die Eideshelfer sind keineswegs Zeugen, sie erscheinen viel eher als Kampfgenossen, welche dem, der sich ihrer bedient, wenn es zur Fehde gekommen wäre, Beistand geleistet haben würden und vermöge ihrer Macht und ihres Ein=

---

a) Vergl. Planck, Beweisurtheil S. 4.
b) Vergl. Walter l. c. §. 615.

flusses hier wie dort den Sieg verschaffen mußten. Deßhalb hielt man vorzugsweise solche Männer verpflichtet, als Eideshelfer dem Andern beizustehen, welche diesem durch Verwandt- oder Freundschaft nahe verbunden waren, obwohl auch noch ein anderer Grund dafür sich finden läßt, der nämlich, daß derartige Männer am richtigsten über den schwörenden Beklagten urtheilen konnten, da sie mit ihm am meisten verkehrten. Aus Allem ersieht man nun aber auch, daß es auf die Versicherung der Consacramentalen über eigene sinnliche Wahrnehmung des zu erweisenden facti gar nicht ankam.

§. 6.

Von einer schriftlichen Aufzeichnung der gerichtlichen Handlungen war in Deutschland, so lange man auf die im vorigen §. geschilderte Weise verfuhr, natürlich keine Rede, man war der Schrift so wenig kundig, als überhaupt nur einmal bedürftig. Dagegen kommen bereits im neuern römischen Rechte schriftliche Erlasse und Verfügungen der Magistrate als etwas Gewöhnliches vor[a]), auch wurden schon die mündlich gepflogenen Verhandlungen

a) Fragm. Vatic. §. 162. — Tit. C. 7. 57. L. 2. 3. C. 7. 44. Hac lege perpetuo credimus ordinandum, ut judices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas tenet, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment, et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello partibus legant. Sed nec sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi, exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio, quam aliis illustrem administrationem gerentibus, ceterisque illustribus judicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum, et eos, qui ministerium suum eis accommodant, sententias definitivas recitare. — Statutis generalibus jussimus, ut universi judices, quibus reddendi juris permisimus facultatem, cognitis causis ultimas definitiones de scripti recitatione proferant. Huic adjicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, quum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur, nec ad rescissionem perpetuam decretorum appellationis solennitas requiratur. — Auth. de mand. princ. Nov. 17. c. 3.

zur Zeit der classischen Juristen schriftlich aufgezeichnet[a]). Dieses allein konnte indeß dem Verfahren noch nicht diejenige Gestalt geben, um deßwegen es ein schriftliches genannt werden dürfte, auch kommt h. z. T. ein ähnlicher Gebrauch der Schrift in denjenigen Ländern vor, die sich mit so gutem Grunde der Einführung von Oeffentlichkeit und Mündlichkeit rühmen[b]).

Der Ursprung des eigentlich schriftlichen Procedirens dürfte vielmehr im canonischen Rechte zu suchen sein. Anfänglich freilich wurde auch vor dem geistlichen Richter mündlich und sogar öffentlich verhandelt[c]), indeß dem war der ganze Geist der canonischen Gerichtsbarkeit so wenig entsprechend, daß bald zahlreiche auf schriftliche Procedur berechnete gesetzliche Bestimmungen des Canons geschaffen wurden[d]). In Deutschland ward die Einführung des schriftlichen Verfahrens dadurch gleichsam provocirt, daß man an die bisherige Weise, zweifelhafte Umstände vor Gericht klar zu stellen, ein fremden Rechten angehöriges künstlicheres, verwickelteres Beweisverfahren treten ließ, und dabei ohne die Schrift nicht fertig zu werden wußte, indem durch diese die Einzelheiten der nunmehr vielfach verschlungenen gerichtlichen Procedur, die sich durch viele Termine hindurchziehen konnte, dem Gedächtnisse aufbewahrt

---

a) L. 32. §. 2. C. 7. 62.

b) z. B. in Hannover.

c) Caus. 11. qu. 1. c. 45. Cap. 43. X. de test. 2. 20.

d) Clem. 2. de V. Si. c. 11 und 15 X de prob. 2. 19. — Cap. 1. X 2. 3. Je weniger Mündlichkeit im gerichtlichen Verfahren, desto geringere Besorgniß einer Veröffentlichung der dabei vorgekommenen Miß- und Uebergriffe richterlicher Anmaßung. Nach dem jus canonicum ist Quelle alles Rechts der Pabst; schon diese Idee verlangt eine Art von Primat auch des Richters, als Repräsentanten jenes erstern. Sonach ist das canonische Recht im Verhältnisse zum deutschen und römischen viel ausschließlicher und bedarf eines eigenthümlichen seinem Geiste entsprechenden Proceßganges, der eben durch das alle unmittelbare Anwesenheit der Parteien oder gar dritter Personen ausschließende schriftliche Instruiren möglich wird.

werden mußten. In der Verlegenheit, in welche man durch Einführung jenes neuen Beweisverfahrens gerathen war, bot nun das schriftliche Verfahren, wie es sich in den geistlichen Gerichten bereits ausgebildet hatte, eine sehr natürliche Aushülfe dar, welche zu ergreifen man um so weniger Anstand nahm, als ein erheblicher Theil der das neue Beweisverfahren betreffenden Regeln dem bei der Unwissenheit und Schwäche der weltlichen Richter sich immer mehr Ansehn verschaffenden canonischen Rechte[a]) entlehnt war. (Vergl. Walter, deutsche Rechtsgeschichte §. 657. Linde, Civilproceß §. 145.)

Welche Folgen dieses für die Beweisführung haben mußte, ersieht man leicht, wenn man bedenkt, wie viel mehr Gelegenheit dem Richter die Gegenwart der Parteien bietet, eine Sache aufzuklären, als wenn derselbe durch eine Reihe von Zwischendecreten sich die erforderliche Erläuterung dunkler, zweideutiger Stellen der eingegangenen Schriften auf schriftlichem Wege zu verschaffen suchen muß, selbst wenn es ihm dabei — was leider nicht zu häufig der Fall — an Eifer nicht fehlen sollte. Eine unmittelbare Thätigkeit des Richters ist nirgendwo von augenscheinlicherem Erfolge, als wo es sich um Klarstellung des Sachverhalts handelt, indem durch richtige Anwendung des Fragerechts, dessen Ausübung nur im mündlichen Verfahren vollkommenen und leichten Erfolg haben kann, häufig weitläuftige Beweisführungen vermieden werden. Dagegen werden durch schriftliches Verfahren die Parteien vom Richter isolirt, dem Gerichte die Mittel der Ueberzeugung be=

---

a) Welchen Einfluß das canonische Recht auf die Ausbildung des bürgerlichen Processes überhaupt ausgeübt hat, wie die Uebertragung der für Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit bestimmten Normen auf Sachen, welche vor das forum des weltlichen Richters gehören, möglich wurde, und welche Ursachen dieser Erscheinung zum Grunde liegen, — alles dieses müssen wir, als der uns gestellten Aufgabe fern liegend, unberührt lassen.

schränkt, und die Parteien verhindert, letztere nach Kräften zu befestigen. Je mehr Schriftlichkeit, desto mehr Erforderniß von Beweisen, desto größere Nothwendigkeit vermehrter, specieller eingehender Beweisregeln.

Um dem von den Canonisten sehr wohl gefühlten Bedürfnisse einer Vereinfachung und Abschneidung der bei dem schriftlichen Verfahren unvermeidlichen Beweise abzuhelfen, verfiel man auf das Institut der Positionen, die den interrogationibus in jure nachgebildet waren[a]). Diese letztern hatten bekanntlich auch den Zweck, den Gefragten zur Angabe der reinen Wahrheit zu bewegen, so daß der Gegner der Beweisführung möglichst überhoben sein sollte und Proceßverzögerung vermieden würde. Andererseits ist es ebenso glaubhaft als erklärlich, daß die Canonisten die einschlägigen Stellen des römischen Rechts nicht richtig verstanden, und etwas ganz Neues in den Positionen schufen, was nicht bloß den gehofften Erfolg häufig nicht hatte[b]), sondern sogar in das

---

a) Ueber die Bedeutung und einzelnen Fälle der interrogationes in jure s. Göschen, Pand. §. 176.

b) Jede Partei hat nach Anleitung des canonischen Rechts die Befugniß, dem Gegner in Form von Artikeln eingerichtete Fragen vorzulegen, auf die er antworten muß. Die Reichsgesetze bildeten dieses Institut nach und nach weiter aus. Sowohl der die Frage Stellende (Ponent) als der sie Beantwortende (Ponat) versichern durch einen Gefährdeeid, daß sie in ihren Aeußerungen gewissenhaft zu Werke gehn wollen. Was der Ponat durch seine Antworten nicht zur Gewißheit bringt, wird Gegenstand des Beweises, was mit Bestimmtheit nicht geleugnet wird, aber als zugestanden angenommen c. 1. 2. in VI. 2. 9. Tengler, Laienspiegel, B. 92. CGO. v. 1555. Tit. 69. 70. 71. 72.

Der Unterschied der Positionen und interrogationes in jure ergiebt sich schon daraus, daß von dem bei erstern gebräuchlichen s. g. juramentum dandorum et respondendorum bei letztern nichts vorkommt, daß erstere auf alle zur Sache gehörigen Umstände gerichtet werden konnten, letztere nur auf bestimmte (Vergl. Göschen l. c. §. 176.), daß die auf diese ertheilten unrichtigen Antworten andere Folgen nach sich zogen als bei jenen u. dergl. m., worüber zu vergleichen ist Brakenhöft im Archiv f. civil. Praxis Bd. 20. S. 401 ff.

Gegentheil umschlug, indem durch die Positionen und deren Beantwortung erst gerade weitläuftige Verhandlungen herbeigeführt wurden.

Ganz besonders bemerkbar machte der Geist des canonischen Rechts seinen Einfluß geltend auf die gewöhnlichsten Species der Beweisführung, die durch Eid und Zeugen unternommenen, welche seitdem eine sehr veränderte Natur annahmen.

Ersteres brachte ganz einfach der Umstand mit sich, daß die Ansichten der christlichen Canonisten in mancher Hinsicht von denen der heidnischen Römer und Germanen abwichen. Den Zeugenbeweis anlangend, so mag nur auf Folgendes hingewiesen werden:

Während bei den Römern, alten Germanen und Anfangs auch bei den geistlichen Gerichten die streitenden Theile bei der Zeugenvernehmung zugegen sein durften und das Recht hatten, erläuternde Fragen an die Zeugen zu richten[a]), ließ dieses bald die Richtung des canonischen Rechts, welcher die Präsenz der Parteien aus nahe liegenden Gründen nicht zusagte und selbst gefährlich erscheinen mußte, nicht ferner[b]) zu. Man war daher genöthigt einen, freilich kläglichen, Ersatz in den schriftlich einzureichenden Artikeln und Interrogatorien der Parteien zu schaffen, welches nicht selten ein eigenes, wieder durch neue processualische Vorschriften zu regelndes Verfahren über Zulässigkeit jenes Surrogats im Ganzen oder Einzelnen nach sich ziehen mußte. Wie nun durch diese ganze aus dem Gedanken des canonischen Rechts entsprungene Einrichtung die Stellung des Richters und die sich ihm bietende Gelegenheit zur Erforschung der Wahrheit eine andere ward, und die gefundene Gewißheit sich dabei immer mehr von materieller Wahrheit zu entfernen in Gefahr gerieth, dieses liegt so klar zu Tage, daß

a) Spangenberg im Archiv Band 6. S. 213. — Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens §. 23. 71. 139.

b) Vergl. Maurer, §. 221. 222. Vergl. auch Tancred L. III. c. 9.

es ohne weitere Nachweisung auch denen einleuchten muß, welche nicht mit dem Verfasser Gelegenheit gehabt haben, aus practischer Erfahrung den Zeugenbeweis, wie er sich im geheimen und wie er sich im öffentlichen Verfahren gestaltet, kennen zu lernen und mit einander zu vergleichen.

§. 7.

I. Der Beweis kann in einer zwiefachen Ordnung im Processe vorkommen: entweder nämlich so, daß eine Partei zugleich mit ihrer Behauptung dieselbe zu beweisen unternimmt, oder so, daß sie damit wartet, bis der Richter Beweis von ihr verlangt. Letzteres ist Regel im gemeinen heutigen Civilproceß, und es ist eine Forderung der Nothwendigkeit für ein zweckmäßig auf Grundlage der Verhandlungsmaxime geordnetes Verfahren[a]), daß eine Beweisführung nicht eher gefordert werde, bis die Parteien so genügend Alles, was sie zum Angriffe oder zur Vertheidigung für dienlich halten, dem Richter vorgelegt haben, daß es ihm möglich wird, den ganzen Stand der gegenseitigen Erklärungen und Intentionen klar zu übersehen. Alle Handlungen, welche dazu beitragen, ihm diesen Ueberblick zu verschaffen, bilden ein vom Beweisen schon der Natur der Sache nach[b]) geschiedenes, s. g. „vor-

a) Freilich kennt der gemeine bürgerliche Proceß, wie wir ihn haben, auch eine s. g. anticipirte Beweisführung, indeß er begünstigt sie nicht. Wo sie vorkommt, erscheint sie überhaupt als etwas Außerordentliches, und deßhalb dürfen wir die Separation der s. g. Beweisinstanz gewiß eben so richtig für die Regel ansehn, als den Umstand, daß in summarischen Processen, mit denen wir es hier überall nicht zu thun haben, oft ein Beweis schon mit Anstellung der Klage gefordert wird, außer Acht lassen.

b) Vergl. Mühlenbruch, Civilproceß §. 235, wo gezeigt wird, daß ein auf die Herstellung des status causae et controversiae berechnetes, einleitendes Verfahren allenthalben sich findet, wo eine organisirte Justizverwaltung existire, wenn auch Schritte darin vorkommen, welche eine besondere Beweisführung ganz unnöthig machen sollen. Letztere sind keineswegs gleichbedeutend mit Beweishandlungen.

bereitendes Verfahren", dessen Beendigung durch einen vom Richter zu erkennenden förmlichen Actenschluß[a]) angezeigt wird, worauf ein besonderes, die Basis für das nun folgende lediglich mit der Beweisführung sich beschäftigende Verfahren, die s. g. Beweisinstanz, bildendes Erkenntniß abgegeben wird, welches die Beweislast, Gegenstand und Frist der Beweisführung bestimmt. Daß bei den Römern solche Trennung der Beweisinstanz von dem vorbereitenden Verfahren nicht Statt hatte[b]), daß weder die Beweislast zum Voraus bestimmt[c]), noch eine Anordnung der Parteienvorträge im heutigen Sinne beobachtet wurde, haben wir bereits oben erwähnt. Auch nach Aufhebung des ordo judiciorum privatorum mußten die Parteien sich mit Beweismitteln so zeitig versehen, daß sich der Beweis forderfamst an ihre Behauptungen anschließen konnte[d]), und mit den ersten Vorträgen mehr oder weniger verbunden war[e]).

Auch dem canonischen Rechte ist eine abgesonderte Beweisinstanz unbekannt; mögen auch einzelne Bestimmungen allerdings erkennen lassen, daß die Uebernahme von Beweisen nicht ganz von

---

a) Im preußischen Proceß, wo der Richter der Partei ex officio helfen kann und muß, fällt dieser Actenschluß weg, der status causae et controv. wird aber unter Zuziehung der Parteien vor der wirklichen Aufnahme der Beweise erst festgestellt. S. Allgem. Ger. Ordnung. Tit. X §. 33. 36. 38[a]. Vergl. Mühlenbruch l. c. Dieser status c. et cont. ersetzt so zu sagen das Interlocut.

b) Dieses ergiebt sich aus dem Zeugenverhör bei Symmachus, Lib. X epitom. 48. (Anhang zu Bethm. Hollweg.)

c) Daß die Römer Beweisinterlocute in unserm Sinne hatten, darf man nicht daraus schließen, daß hin und wieder von Zwischenverfügungen, welche Beweis von einer Partei verlangen, geredet ist. Vergl. Bethmann-Hollweg l. c. S. 265.

d) Vergl. Zimmern l. c. III. §. 147.

e) Es blieb also beim Alten, wenn auch statt zweier Personen nur eine das Richtergeschäft versah, ein Beweis, daß durch die frühere Trennung des Verfahrens keine Scheidung des Processes in vorbereitendes und Beweisverfahren geschaffen war.

der Willkühr der Parteien abhängig gewesen sein dürfte[a]), und die Beweisführung in ein freilich sehr allgemein bestimmtes Proceßstadium (die Zeit nach der Litiscontestation) verlegt worden ist, so genügt doch das nicht, und fehlt es überhaupt an Beweisen für die Annahme, daß das canonische Recht, während es sonst so häufig und namentlich, was den Beweis anlangt, auf das römische Rücksicht nimmt, in dieser Hinsicht von ihm abgewichen sein sollte[b]).

Ganz anders verhielt es sich mit dem ältern germanischen Rechte, wie es uns der Sachsenspiegel und Richtsteig zum Landrechte mittheilen. Wir erkennen hier wieder die Richtigkeit unserer oben ganz allgemein hingeworfenen Bemerkung, daß sich in den germanischen Urtheilen ein gesetzgeberisches Element nicht verkennen läßt, und machen daran nunmehr die bereits oben versprochene Anwendung. (Vergl. S. 15, Note a.)

Die Urtheile sind nach dem Inhalte jener altsächsischen Quellen Antworten auf Fragen, welche die Partei dem Gerichte vorlegte. Die meisten Urtheile lauteten auf Beweis, — freilich keineswegs alle. In Form einer Suggestivfrage stellte die Partei einen Satz des objectiven Rechts auf in der Absicht, daß das Gericht ihn bestätigen und sie zu dem von ihr offerirten Beweise seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall lassen sollte[c]). Zu diesem

a) z. B. c. 1. 2. 5. X ut lite non cont. — c. 9 X 2. 19.

b) Wir kommen darauf zurück und werden zeigen, weßhalb Interlocute im römischen und canonischen Rechte entbehrt werden konnten. Vergl. Mittermaier im Archiv I S. 123.

c) Der Vortrag der Partei enthielt oft Thatsachen, oft auch nur Rechtsverhältnisse, indem sie kurzweg Schuld oder Nichtschuld, Eigenthum, Erbrecht u. s. w. behauptete. Hänel (Beweissystem des Sachsenspiegels S. 9) hat neuerlich behauptet, „lediglich auf die Behauptung des Rechts hin, ohne daß der Richter in den Stand gesetzt worden zu beurtheilen, ob Thatsachen angeführt werden können, die das Recht zu begründen vermögen, sei das Recht zuerkannt und die Execution verstattet", und dieses durch Beispiele aus den Quellen be-

Beweise zu kommen, war nun das Hauptstreben der Partei, denn wenn er gelang, war — weil es einen Gegenbeweis nicht gab[a]) — ihr Proceß gewonnen, die Beweismittel waren so einfach, das Urtheil über das Beweisresultat so leicht zu finden, so ganz von selbst sich ergebend, daß meistens solches vom Gerichte gar nicht gefällt wurde, wenn auch das Beweiserkenntniß von den Folgen der ge- oder mißlungenen Beweisführung gar nichts sagte[b]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß allemal, wo man ohne Beweis überhaupt nicht fertig werden konnte, auch das Beweisurtheil unentbehrlich war. Denn in ihm liegt ja gezeigtermaßen „der Schwerpunkt des ganzen Processes", es ist meistens das einzige überhaupt ergehende Urtheil, welches nicht, wie ein römischrechtliches Erkenntniß, facta unter das Gesetz subsumirt, sondern erst einen Rechtssatz aufstellt. Dieses einem Rechtssatze vergleichbare Urtheil ist daher, sobald es aus irgend welchem Grunde durch „Schelten" nicht mehr angefochten werden kann, in dem Grade unabänderlich, daß es für den ganzen fernern Gang des Processes die Richtschnur bildet. Es kann nichts mehr geschehen, dessen nicht bereits im Beweisurtheil gedacht ist, von einem Nachbringen solcher Beweise und überhaupt Rechtsbehelfe, worauf sich die Par-

---

wiesen. Vergl. Richtst. des Landrechts 8, wo der Vorsprecher des auf Bezahlung einer Geldschuld Beklagten die Frage stellt: „Unschuldig secht he sick, dat he N. (dem Kläger) icht schuldich sy, unde bidbet eines Ordels: eft he is eme icht neger tho untgande sy, wen am yenne sy over tho gande"? Das Beweisurtheil lautet nun: „So vint me: he sy is neger tho untgande".

a) Vergl. S. 40.

b) Vergl. über die Beweismittel dieser Zeit das weiter unten Bemerkte und Planck l. c. S. 55. „Zunächst war bei der Förmlichkeit der Beweise jener Zeit dem Ermessen des Gerichts in der Beurtheilung des Inhalts derselben fast gar kein Spielraum gelassen. Es fragte sich nur: ist geschworen oder nicht; sind die mit dem Parteieneide zusammenstimmenden Zeugeneide geleistet oder nicht; weiß das Gericht den behaupteten Umstand oder nicht. Diese einfachen Alternativen ergaben dann von selbst auf Grund des Beweisurtheils das Endurtheil."

tei nicht schon vor dem Beweisurtheile berufen hat, kann gar keine Rede mehr sein, um so weniger, als der Werth der angebotenen Beweise oft wesentlich auf die Vertheilung der Beweisführerrolle influirte, mithin der anzuwendenden Mittel dann im Urtheile gedacht ward. Scharfe Trennung also zweier Perioden, in welche der ganze Proceß zerfällt! Wir haben ein vorbereitendes und Beweisverfahren, und nicht mit Unrecht hat man neuerlich hierin denselben leitenden Gedanken erblickt, den wir h. z. T. mit dem Ausdrucke der Eventualmaxime bezeichnen[a]), worauf wir gleich näher hineingehen werden.

Mit dem Eindringen des fremden Rechts treten die geschilderten Eigenthümlichkeiten des germanischen Processes meistentheils in den Hintergrund, ohne jedoch aus allen deutschen Gerichten verbannt zu sein. (Vergl. S. 35 ff.)

Obgleich die Grundsätze des fremden Rechts nicht durchweg in ihrer reinen Gestalt Eingang fanden, sondern „in der zum Theil durch Mißverständniß, zum Theil absichtlich umgebildeten Form, welche ihnen das Rechtsleben der romanischen Länder im Mittelalter, namentlich in Italien aufgedrückt hat[b])", so ist doch der Character des römischen in den durch germanische Anschauungen beeinflußten Sätzen entschieden vorwiegend geblieben. Ganz besonders gilt dieses von der Beweisführung. Stellung und Urtheil des Richters[c]), Rollenvertheilung in der

---

a) Um das Gefährliche der mit dem Schlusse der ersten Periode eintretenden Präclusion zu beseitigen, hatte man die Regel eingeführt, die Partei vor dem Urtheile zu fragen, ob sie mit ihres Vorsprechers Vortrage einverstanden sei, und es war gebräuchlich, daß die Partei einen zweiten Beistand zu dem Ende zuzog, damit er auf etwaige Fehler des Vorsprechers achte, um sie noch vor dem Urtheile verbessern zu können. Vgl. Planck S. 37. „Die Bejawortung des lübschen Rechts hängt hiermit auf das engste zusammen. Michelsen, Oberhof S. XV."

b) Planck S. 127.

c) Es ist nicht mehr die Versammlung der Genossen, auch nicht der als deren Repräsentanten erscheinenden Schöffen, die das Recht findet, was

Beweisführung, Beweismittel, Möglichkeit eines Gegenbeweises, — alles dieses entscheidet sich nach römischrechtlichen Begriffen. Trotz des hie und da bemerkbaren Bestrebens der Theoretiker, die processualischen Handlungen in bestimmte Abschnitte zu bringen, wurde Beklagter, wie bei den Römern, keineswegs mit dem Vortrage seiner Einreden in ein bestimmtes Proceßstadium gebannt, das Beweisverfahren folglich auch nicht von einem vorbereitenden getrennt, die Beweismittel wurden mithin in willkührlicher Folge vorgelegt und benutzt, das Bedürfniß eines Beweisurtheils lag nach dem allen so wenig vor als im reinen römischen Processe.

Die frühern Reichsgesetze haben etwas erheblich Verändertes in dieser Beziehung nicht geschaffen. So sehr sich in ihnen das Streben nach einem Verfahren bemerklich macht, welches dem als Folge eines Mangels bestimmter Anordnung der Parteienvorträge bereits von dem römischen und canonischen Rechte (cfr. L. 12. 13. C. 8. 36. L. 40 §. 3. D. 3. 3. L. 50 §. 2. L. 52. D. 5. 1. c. 4 X 2. 25.) erkannten Verschleife der Processe vorbeugen sollte, brachten gleichwohl die darauf berechneten Bestimmungen die gehoffte Abhülfe nicht. Man konnte sich nicht entschließen das bisherige, in der Hauptsache noch immer mit dem römischen und canonischen Verfahren harmonirende Procediren[a]) (Vergl. Linde im Archiv Band 12. S. 3) völlig aufzugeben, man suchte durch

---

durch den Richter verkündet wird. Die politische Entwickelung Deutschlands hat veranlaßt, daß die Handhabung der Justiz in ihrem ganzen Umfange als Attribut der Regierung betrachtet wird, zwar giebt es noch einen, aber sehr scheinbaren Unterschied zwischen Richtern und Beisitzern, diese haben sich in Beamte der Regierung verwandelt, statt Volksrepräsentanten zu sein, von der Regierung ernannt und Namens ihrer das Urtheil nach bestehenden Rechtssätzen sprechend, nicht etwa solche findend, während der Richter an ihrer Thätigkeit Theil nimmt. Sie alle bilden mit ihm ein Collegium, in welchem jedem Mitgliede gleiches Stimmrecht zusteht, dem Richter aber gewisse auf die ihm obliegende Direction bezügliche Vorrechte gebühren. Vergl. Planck, 152. 153.

a) Vergl. oben S. 26. ff.

allerlei Mittel den Schaden zu heben, anstatt ihn, wie das erforderlich gewesen wäre, von Grund weg auszuschneiden; insonderheit konnte, so lange das s. g. articulirte Verfahren in Deutschland galt, eine Aenderung des bestehenden Zustandes nicht erreicht werden[a]). Der jüngste Reichsabschied schaffte die Artikel zwar fast gänzlich ab, begünstigt aber noch ein Verfahren, welches sich an Beweisinterlocute nicht bindet[b]). Kurz vor seinem Erscheinen hatte eine Stimme der zur Verbesserung des Justizwesens angeordneten Reichsdeputation bereits darauf hingewiesen, daß man bisher vergeblich darin Hülfe gesucht, wenn man gleich mit dem ersten Libelle den Beweis anzutreten befohlen, indem jenes Votum[c]) sehr richtig bemerkt, daß wenn Jemand probationes fordere, diese oft zugelassen werden ehe und bevor man gewiß wisse, ob es deren auch wirklich bedürfe, und ob der cardo negotii in dem, was zu probiren unternommen werde, bestehe oder nicht; ——— es finde sich oft bei der Relation, daß durch so viele rotulos, probationes u. s. w. dasjenige nicht erhalten oder bewiesen werde, worin das

a) Vergl. Mühlenbruch, Civilproceß §. 41. — Der Beweis wurde selten (ausnahmsweise) vom Richter festgestellt (vgl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 460, K. §. 461, IV.); von der Litiscontestation an wurde eine Reihe von Schriften gewechselt, deren Inhalt in einzelnen getrennten Sätzen — s. g. Artikeln — bestand, nach deren Einreichung mußten die Parteien, welche vorgängig den Gefährdeeid geschworen hatten, sich gegenseitig antworten, und was dann nicht zugestanden war, übernahm die Partei zu beweisen. Nach dem Beweisverfahren erfolgte der Beschluß der Parteien zum Urtheil, wodurch erst die Aufstellung neuer Einreden und regelmäßig auch erst der Gebrauch neuer Beweismittel aufgegeben wurde, in welchen beiden Beziehungen nicht selten, um dem andern Theile den Streit zu erschweren, von einer Partei recht absichtlich („wider ir eygen gewissen") das Maaß überschritten wurde. S. auch Terminäus S. 198 abgedruckt bei Eichhorn l. c. not. p.

b) Vergl. Mühlenbruch §. 289. — J. R. A. §. 50. Planck l. c. S. 194 — S. 208.

c) Braunschweig-Wolfenbüttel gab dieses ab. S. Neurode, pragmat. Erläuterung des j. R. A. Jena 1752 S. 161.

rechte κρινομενον stecke, sondern der Richter alsdann erst, wenn schon lange gestritten, den Parteien auferlegen müsse, was zu probiren sei.

Endlich, aber erst nach und nach, verfiel man zum Segen des rechtsuchenden Publicums darauf, jenes Princip zur stricten Durchführung zu bringen[a]), welches man mit dem dafür erfundenen Namen der Eventualmaxime zu bezeichnen pflegt, und darin besteht, daß alle concurrenten Proceßhandlungen derselben Streitsache auf einmal vorgenommen und möglichst zugleich vollendet werden, sobald nach Ordnung des Verfahrens die Reihe sie trifft und ihre Verhandlung dann schon möglich ist, wenngleich nur eventueller Gebrauch von ihnen sich erwarten läßt[b]).

Auf die Gestaltung des Beweisverfahrens mußte dieses von erheblicher Einwirkung sein. I. Alle Beweise sind in Gemäßheit dieses Princips möglichst gleichzeitig anzutreten und auszuführen, ebenso ist möglichst auf einmal über ihr Ergebniß zu urtheilen. Dieses kann erst dann geschehen, wenn die Parteien sich gegenseitig vollkommen ausgesprochen haben, denn erst dann läßt sich übersehen, was etwa zugestanden, was geleugnet ist, und worauf es beim Beweise ankommt. Die Nothwendigkeit der Trennung eines lediglich hierauf berechneten Verfahrens, des s. g. vorbereitenden, von einer besondern Beweisinstanz ergiebt sich hiernach von

---

a) Die Anfänge dieses dem sächsischen Rechte entlehnten Grundsatzes (S. Schweitzer, sächs. Proc. S. 129) finden sich schon im R. A. von 1570 §. 89—92. Dsg. Absch. v. 1600 §. 117—120 und j. R. A. §. 37. 40. 45. 70. Seine spätere Gestaltung ist ein Product der Doctrin im Vereine mit der Praxis. S. Linde im Archiv Bd. 12. S. 1 und Seuffert's Archiv Bd. 2. Nr. 340.

b) Vergl. Linde, Civilproceß §. 144. — Albrecht setzt in seiner gründlichen Monographie das Wesen des Eventualprincips darin, „daß auf jeder einzelnen Stufe des Fortschreitens die sämmtlichen concurrirenden Handlungen beider Parteien cumulirt werden müssen".

selbst[a]). Da es indeß kommen kann, daß eine Partei über das, was gestanden ist oder nicht, anders denkt als die Gegenpartei, und beide vielleicht wieder anders als der Richter, oder daß ein streitender Theil Beweise zu unternehmen versäumt, die zu führen ihm obliegt, er aber gar nicht für nöthig oder deren Erbringung er für Sache des Gegners gehalten hat, so muß in der einen wie in der andern Beziehung eine feste Basis für die Beweishandlungen gegeben sein, damit nicht relevante Dinge unaufgeklärt bleiben und die Sache zu Ungunsten einer unschuldigen Partei entschieden werde, welche in Anstellung der Probatorialhandlungen einen Mißgriff gethan hat[b]). Die unabweisliche Forderung einer im Sinne der Billigkeit erfolgenden Durchführung des Eventualprincips ist daher die Abgabe eines die Beweisinstanz eröffnenden, die ganze Beweisfrage genau regulirenden richterlichen Bescheides[c]).

Dergleichen Verfügungen nennen wir **Beweisinterlocute**. Dieselben sind keineswegs für bloß proceßleitende Decrete anzusehen, sie stellen sich vielmehr als bedingte Endurtheile dar, weil aus der bloßen Auflage eines Beweises selbstredend hervor-

---

a) Eine Ausnahme findet — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden summarischen Processen — Statt in Ansehung der, übrigens seltener vorkommenden forideclinatorischen Einreden. Vergl. Bayer, Proc. Aufl. 8 S. 655.

b) Die Frage, wer beweisen muß und **was** er zu beweisen hat, ist bei dem Zustande unsers gemeinen Rechts eine so sehr controverse, daß oft eben so viele Gründe für die eine als für die andere Entscheidung derselben sprechen, und es daher nicht selten der Partei zu keinem Vorwurfe gelangen kann, wenn sie vorkommenden Falles diese Frage anders beantwortet als der Richter. Es rechtfertigt sich die Forderung des besondern Beweisurtheils daraus, daß der Richter, wenn er im Enderkenntnisse eine Partei wegen nicht geführten Beweises für sachfällig erklärt, doch immer sagen müßte, daß, inwiefern, und warum die Partei hätte beweisen müssen.

c) Daraus, daß die Römer und Canonisten der Eventualmaxime fremd blieben, erklärt es sich, daß sie auch unsere Beweisinterlocute nicht kannten.

leuchtet, daß von dem Erbringen des geforderten Nachweises der Sieg[a]) der damit belasteten Partei abhängen solle, mag dieses gleichwohl nicht, wie es regelmäßig geschehen sollte, besonders ausgesprochen sein[b]).

Auch als eine nothwendige Folge der Verhandlungsmaxime in dem Grade der Durchführung, wie er sich h. z. T. bemerklich macht, läßt sich die Nothwendigkeit solcher Interlocute darstellen. Wo der Richter ex officio zugreifen darf, wenn die Partei Mangel an Umsicht und Thätigkeit in Erbringung der Beweise zeigt, wo er sogar, ohne von der Partei darum gebeten zu sein, Alles in den Kreis seiner Erwägung ziehen muß, von dem er annehmen darf, daß es zur Aufklärung des eigentlichen Sachverhalts beitragen wird, und von dem er nach Lage der Sache ohne Zuthun der Partei sich Kunde verschaffen kann; wo vielleicht gar eine Art Vereinbarung unter den Parteien und dem Richter über das, was als noch ungewiß anzunehmen[c]), vorkommt; — da thut es nicht nöthig den Parteien deutlich das Ziel zu zeigen, zu dem sie durch ihre Beweishandlungen gelangen sollen. Wo sie dagegen ganz auf sich angewiesen sind, darf ihnen wenigstens derjenige Halt nicht fehlen, der ihnen, ohne dem Verhandlungsprincipe gefährlich zu werden, durch Herstellung einer in's Detail eingehenden Basis ihrer Beweishandlungen im Beweisinterlocute geboten werden kann.

Freilich ist im j. R. A. die Nothwendigkeit der Beweisurtheile keineswegs ausgesprochen, im Gegentheil darf man mit Mühlenbruch (Proc. §. 289.) sagen, daß die §§. 35 und 39 dieses Reichsgesetzes ein von Beweisinterlocuten an sich unabhängiges

---

a) Wenn auch nur in Ansehung eines Theils der Streitsache.

b) Der interloquirende Richter giebt zu erkennen, daß er endlich so oder so entschieden haben würde, wenn das zum Beweise Verstellte schon jetzt gewiß wäre.

c) Vergl. Preußische Allgem. Gerichts-Ordnung tit. X §. 45.

Verfahren begünstigen[a]; ebensowenig finden wir im j. R. A. eine Trennung der vorbereitenden und Beweisperiode, nur der Grund dazu ist in diesem Gesetze gelegt, das Bedürfniß mußte geschildertermaßen auf das eine wie auf das andere führen, wozu noch ein äußerer Umstand wesentlich förderlich ward:

Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, welchen Einfluß auf die Ausbildung des gemeinen bürgerlichen Processes in Deutschland die Legislation der einzelnen deutschen Territorien ausgeübt hat. Manche bewährte sich darunter so trefflich und practisch brauchbar, daß ihr Werth auch außerhalb des von ihr beherrschten Territorii anerkannt wurde, und sogar auf die Reichsgesetzgebung einwirkte, wozu der Umstand sehr natürlich mit beitrug, daß die reichsständischen Gesandten dasjenige, was sie in ihrem Vaterlande bewährt gefunden hatten, bei den Berathungen über neue Proceßgesetze auf den Reichstagen zur Geltung zu bringen bemüht waren.

Unter den Particulargesetzgebungen ragt die sächsische bedeutend hervor. In ihr macht sich ein conservatives Element, ein Festhalten an den ursprünglich deutschen Principien vorzugsweise bemerkbar, sie hält, so zu sagen, der dem fremden Rechte am meisten huldigenden C. G. O. von 1555 das Widerspiel. Anfänglich ward der letztern bei dieser Reaction der Sieg, weil mit ihr die Wissenschaft Hand in Hand ging, sobald letztere von ihr abfiel, was sich im 18. Jahrhunderte recht deutlich zeigte, gewann das sächsische Recht in vieler Hinsicht das Uebergewicht. In den schätzenswerthen Arbeiten unserer neueren Processualisten sind die

a) Deutlicher wird dieses durch das der Abfassung unsers Gesetzes voraufgegangene Gutachten des Reichs-Cammergerichts v. 15. Oct. 1644, in welchem es geradezu heißt: „Dem Kläger sei um sein selbst Bestens willen wohl zu vergönnen, in primo termino seine probatoria — — — einzubringen — — gestalten einem jeden dieser Weg nicht nur an die Hand zu geben, sondern auch zu persuadiren wäre. Ob es aber durchaus also zu statuiren, und dem Kläger praecise anzubefehlen, trügen wir dannen hero Bedenkens."

Gründe dieser Reaction und ihres Ausgangs sehr anschaulich gemacht[a]). Es wird uns gezeigt, wie einestheils bei der geographischen Lage der den Nordosten von Deutschland einnehmenden, also dem von Süden und Westen her auf Deutschland einströmenden fremden Recht und Wissenschaft am wenigsten nahe und bequem gelegenen sächsischen Länder, anderntheils bei der selbstständigen, vom Kaiser unabhängigen politischen und religiösen Stellung der sächsischen Fürsten eine Abneigung gegen alle fremdrechtlichen, romanischen Institutionen sich bilden und thatsächlich hervortreten mußte, — wie bei dieser Lage der Dinge namentlich Chursachsen, durch seine politische Macht und Stellung zum Vorbilde vieler deutscher Länder und Fürsten emporgehoben, zum Mittelpunkt der Opposition deutschen Rechtselements wurde, um den Alles, was dem von Italien Kommenden abhold, sich zu schaaren getrieben ward, — wie endlich der Sieg des sächsischen Processes dadurch in vielen Punkten entschieden wurde, daß auf sächsischen Hochschulen die Proceßtheorie im Sinne des sächsischen Rechts gelehrt und von den zahlreichen, aus allen Gegenden Deutschlands herbeiströmenden Schülern die also vorgetragenen Ansichten in die Heimath mitgenommen wurden.

Das sächsische Proceßrecht hat eine sehr bestimmte Gestalt durch die von Churfürst August I. 1572 publicirten, zuvor von den Facultäten und Schöppenstühlen seines Landes begutachteten Verordnungen und Constitutionen und die darauf gestützte Proceß- und Gerichtsordnung Joh. Georgs I. v. 1622 erhalten. Das alte Sachsenrecht, wie es die Rechtsbücher des Mittelalters uns berichten, ist in beiden unverkennbar, und entschieden hielten die

a) Vor allen ist in dieser Beziehung wieder auf Planck's „Beweisurtheil" (S. 147 ff.) zu verweisen. S. auch Mäler, Geschichte und Verfassung der Rechtspflege und Proceßform bei den alten Deutschen und Sachsen. (Leipzig 1790.) §. 32. 38. 55. 60.

zur Zeit der Entstehung der Proceßordnung von 1622 (die wir mit ihrem vulgären Namen der „alten" von nun an bezeichnen wollen) lebenden Juristen und spätern Commentatoren[a]), an dem oben mitgetheilten altsächsischen Principe[b]) fest, daß der Richter von der Partei den Beweis fordere[c]), eine freiwillige Uebernahme (Anticipation) vor dem desfallsigen Urtheile regelmäßig nicht Statt finde[d]), sondern die Partei lediglich in einem nicht artikulirten Libelle ihre Sache dem Richter kurz vortragen[e]) und ihn dadurch in den Stand setzen solle, auf Beweis interloquiren zu können. Die s. g. proceßhindernden Einreden müssen sofort liquide sein[f]).

---

a) Conf. Lud. Gunth. Martini, comment. for. in Joan. Georgii ord. proc. jud. Dresdae 1696. p. 885. S. auch Note d.

b) Vergl. oben S. 27. 28.

c) Vergl. Sachsenspiegel II, 18. Planck l. c. S. 200. Leyser spec. 258. med. I.

d) Conf. Joan. Gotfr. Schaumburg, princip. prax. jurid. pag. 146. „Probatio est actus judicialis per sententiam injunctus." — „Certe in Saxonia, qui probationem intempestive offert, nihil agit, sed interloquitur nihilosecius judex." — §. 1 tit. 20 der alten P. O. „Ein jeglich Parth, welchem Beweisung auferlegt, soll u. s. w." Nur ausnahmsweise wird Anticipation zugelassen, (vgl. tit. 27 der alten P. O. „es sei denn, daß er (der Kläger) dessen erhebliche und rechtmäßige Ursachen habe, als wann die Zeugen mit sorglicher Krankheit oder hohem Alter beladen, oder an einen andern entlegenen Orth zu ziehen, oder sonst ferner zu verreisen fürhabens, oder auch wenn er etwa seine Klage anzustellen verhindert würde, und derowegen seinen Beweis in die Länge verschieben müßte. Ein Beklagter aber u. s. w.), und auch das neue sächsische Proceßrecht hält an dem Auferlegen des Beweises fest. Vergl. Schweitzer Sächs. bürgerl. Proc. §. 13. „Die Theorie des sächsischen Processes zeichnet sich aus — — — durch genauere und festere Sonderung des ersten Verfahrens von dem Beweisverfahren im ordentlichen Processe. Ein anticipirter Beweis ist dem sächsischen Proceßgange nach unzulässig."

e) Vergl. tit. 5 der alten P. O. „Die Clag-Libell sollen nicht articulirt, sondern wie bishero in unsern Landen bräuchlich gewesen, mit kurtzer erzehlung der Geschicht, förmlich und schließlich fürbracht — werden." — Auch in dieser Unzulässigkeit der durch die Canonisten veranlaßten Artikel (vergl. oben S. 23. 24) offenbart sich das Widerstreben gegen romanische Instituten.

f) Vergl. tit. 11 der alten P. O. „Es wehren dann der gleichen Excep-

Unsere Behauptung dagegen, daß ein Beweisurtheil, wenn es vollkommen seinen Zweck erfüllen soll, den Beweissatz genau formuliren müsse, läßt sich durch das sächsische Proceßrecht nicht unterstützen, die von dem größten Theile der Theoretiker und Praktiker anerkannte Nothwendigkeit einer solchen Einrichtung des Beweisinterlocuts hat nur die aus der Verhandlungs- und Eventualmaxime, Natur der Sache und Gerichtsgebrauch entnommenen Argumente für sich.

II. Unser heutiger gemeiner Civilproceß zeichnet sich besonders auch durch das Bestreben aus, eine möglichste Gleichheit der Parteirollen herzustellen. Der allbekannte Satz: „audiatur et altera pars" kommt nicht bloß in der Weise zur Anwendung, daß jedem streitenden Theil auf jede Behauptung des andern mit ja! oder nein! sich zu erklären Gelegenheit gegeben, daß ihm ferner erlaubt wird zur Verhinderung der rechtlichen Wirkung jenseitiger, nicht zu leugnender oder als gewiß anzunehmender Behauptungen selbstständige Gegenbehauptungen aufzustellen und sie, soweit nöthig, zu beweisen, sondern es wird auch jedem Theile gestattet, das Gelingen eines vom Gegner unternommenen Beweises auf directem Wege zu hintertreiben. Diese letztgedachte Thätigkeit wird als directe Gegenbeweisführung bezeichnet, während man die Führung des Beweises jener vorhin erwähnten selbstständigen Gegenbehauptungen den indirecten Gegenbeweis zu nennen pflegt. Letztere Art ist überall von der Ausübung einer geregelten Jurisdiction nicht ausgeschlossen zu denken, und darum zu allen Zeiten, wo es eine solche gegeben hat, bemerkbar. Nicht so allgemein läßt sich

---

tiones impedientes litis ingressum, welche ohn fernere Ausführung alsbald in continenti, aus producirten Original-Acten und Urkunden, oder des Gegentheils eignen Bekäntnüß dargebracht werden könnten, als wann einer vorzuwenden, es weren die Sachen darumb itzt Geklaget, allbereit durch vorgegangenen Eyd oder Rechtlich Erkäntnüß erörtert u. s. w."

das vom directen Gegenbeweise sagen, vielmehr zeigen, daß er in frühern Zeiten hin und wieder entweder ganz außer Gebrauch oder in der Anwendung mehr oder minder beschränkt gewesen ist.

Die Streitfrage, ob die Römer einen Gegenbeweis gekannt haben, wird von den Neuern mit Recht für eine Wortklauberei erklärt, indem, um die Frage im Allgemeinen bejahen zu können, es nur nöthig ist, auf die zahlreichen Gesetzesstellen [a]) zu sehen, welche von dem Beweise dessen reden, was wir mit dem Ausdrucke des indirecten Gegenbeweises bezeichnen, in Ansehung des directen aber nicht vergessen werden darf, daß bei der gewöhnlichsten Beweisart, der durch Zeugen unternommenen nämlich, ohne Zweifel es dem Gegner des Beweisführers erlaubt war, an den in seiner Gegenwart verhörten Zeugen Fragen zu richten [b]), wodurch das Gegentheil von dem eruirt werden sollte, was ohne die der Absicht des Fragenden entsprechende Antwort des Zeugen nach seiner bereits abgegebenen Deposition würde angenommen sein, indem z. B. die Frage auf Thatsachen gerichtet wurde, mit denen die Wahrheit solcher Deposition sich nicht vereinigen ließ.

Desgleichen reden die Bestimmungen des canonischen Rechts von der Gegenbeweisführung [c]).

Indeß hier wie im römischen Rechte sind die Principien über den directen Gegenbeweis nicht bis zu dem Grade der Ausbildung gediehen, zu welchem der Gerichtsgebrauch unter strenger Beobachtung der Verhandlungs- und Eventual-Maxime das Institut später

---

a) z. B. L. 19 C. de prob. L. 9 C. de except. L. 1 D. de except. L. 19 pr. D. de prob. Eben weil der s. g. indirecte Gegenbeweis sein eigenes Thema hat, ganz selbstständig dasteht, haben ihn Manche als Hauptbeweis betrachtet, z. B. Gensler im Archiv B. 4. S. 285, der ihn einen Hauptbeweis im metaphysischen Sinne nennt.

b) Vergl. Spangenberg im Archiv VI. Nr. 11. Wernher lect. comm. p. II. p. 237. — Nov. 90 c. 7 und 9.

c) z. B. c. 17. 25. 38. 49. X de test. c. 6 X de prob.

gebracht hat. Denn wo zu jeder Zeit noch bewiesen werden kann, wo die Rolle des Beweisführers gar nicht von vorn herein und nicht den Behauptungen der Parteien gemäß vom Richter festgestellt ist, da wird Gegenbeweis vom Hauptbeweise nicht scharf gesondert vorkommen.

Das deutsche Recht kannte einen Gegenbeweis im Sinne des directen, wie er jetzt vorkommt, überhaupt nicht. Diese Erscheinung erklärt sich daraus, daß die Parteien mit der Behauptung eines Rechts die Angabe der Beweismittel verbinden mußten, und in der Regel der angegriffene Theil, d. h. der ein Recht zu verlieren im Begriffe stand, zum Beweise kam, vorausgesetzt, daß nicht der Gegner ein besseres[a]) Beweismittel vorzubringen vermochte. Da nach Feststellung der Rolle des Beweisführers auf die Angabe anderer Beweismittel keine Rücksicht genommen wurde, so konnte natürlich von einem Gegenbeweise keine Rede mehr sein.

---

a) Die obenerwähnten Ordalien kamen bereits früh mehr und mehr außer Gebrauch, und selbst als sie noch zur Anwendung gebracht werden durften, mochte sich wohl Jemand nicht mehr gern dazu verstehn, da der zweifelhafte Ausgang der Procedur gewiß immer mehr einleuchtete, je mehr eine vernünftige Anschauung den blinden Glauben verdrängte. Die Gottesurtheile werden zwar im S.spiegel noch angeführt, aber wohl mehr als Erinnerung an die Vorzeit (vgl. Planck l. c. Cap. 1. §. 5 II. S. 38, not. 1.). Man kam auf natürlichere Auswege, man unterschied folgende Beweismittel:

1) die leibliche Beweisung, die in der unmittelbaren Sinneswahrnehmung der Richter bestand, wie unsere Ocularinspection.

2) das Gerichtszeugniß, d. h. die unter Beistimmung Einiger aus der Gerichtsversammlung abgegebene Versicherung des Richters über das, was früher vor versammeltem Gerichte geschehen war.

3) die eidliche Bestärkung einer Behauptung, die in bedeutenderen Sachen durch den oben besprochenen Beitritt von Eideshelfern qualificirt werden mußte.

Die beiden zuerst gedachten Beweismittel wurden für besser gehalten, waren aber der Natur der Sache nach auch gewiß seltener vorhanden. Man vergleiche über das Ganze die interessante und die Sache in's Klare setzende Erörterung bei Planck l. c. Abschnitt 1, Cap. 1. §. 5.

Dazu kommt nun noch, daß die Beweisführung nicht als eine Last, vielmehr als ein Recht angesehen ward, welches dem angegriffenen Theil, auf den unsere Vorfahren eine so natürliche Rücksicht nahmen, vorzugsweise zugestanden wurde[a]).

Daß sich in den deutschen Proceß auch mehr und mehr der Gegenbeweis Eingang verschaffte, folgt theils aus der mit Reception des fremden Rechts erfolgten Veränderung in Anwendung von Beweismitteln, theils aus der größern Durchführung einer strengen Verhandlungsmaxime und Verdrängung des mündlichen Verfahrens durch das schriftliche. Je mehr man dem Richter untersagte, Thatsachen zur Sprache zu bringen, auf welche die Parteien nicht Bezug genommen hatten; als er selbst hierin in Ansehung dessen, was zur Aufklärung der Wahrheit dient, beschränkt wurde, lief man Gefahr um dieses allgemeinen Princips wegen unnützer- und widersinnigerweise das materielle Recht dem formellen zu opfern. Man war daher genöthigt, den Parteien Wege zu eröffnen, welche ihr materielles Recht würden schützen können, ohne jenem Grundprincipe Abbruch zu thun. Ein solcher Weg aber war dadurch hergestellt, daß dem Gegner des Beweisführers eine Thätigkeit gestattet wurde, die das Zustandekommen des unternommenen Beweises hindert.

Bestimmte Spuren hiervon finden sich bereits bei Termineus[b]) und in einigen Particulargesetzgebungen[c]) des 16. Jahrhunderts, danach auch in Reichsgesetzen[d]). Namentlich finden wir auch hier

---

a) Vergl. S. 16, Note a. Ein Widerspruch zwischen dieser Note und dem oben im Texte Gesagten dürfte nicht vorliegen. Der Angegriffene muß sich zwar wehren, aber die Rechte erleichtern ihm mit Rücksicht auf seine Stellung den Sieg durch Abschneidung des Gegenbeweises.

b) Proc. Jur. Colon. 1570, wo in der damals üblichen „Protestation" von „testes reprobatorii" und „Gegenbeweisung" die Rede ist.

c) z. B. für Mecklenburg 1558, Cöln 1570.

d) Vergl. j. R. A. §. 54. („Gegenbeweißthumb").

wieder den oben besprochenen Einfluß des sächsischen Rechts. Die alte sächs. P. O. enthält einen eigenen Titel „von dem Gegenbeweis", in welchem ausführlich zumeist zwar vom directen, schließlich aber auch vom indirecten Gegenbeweise gehandelt wird.

Von wesentlichem Einfluß wurde auch hier wieder die Eventualmaxime. Die nähere Nachweisung versparen wir indeß auf eine später abzuhandelnde Materie[a]).

---

a) So werden wir sehen, wie höchst wichtige Fragen über Reihenfolge von Beweis und Gegenbeweis (z. B. ob diese gleichzeitig anzutreten, ob über deren Ergebniß gleichzeitig zu urtheilen u. s. w.) sich nur von dem Gesichtspunkte der Eventualmaxime und keineswegs nach den Grundsätzen des fremden recipirten Rechts beantworten lassen.

II.

Ueber den Gegenstand der Beweisführung im Allgemeinen.

§. 1.

Man kann den Hauptinhalt der Lehre vom Beweise im bürgerlichen Processe in der Beantwortung folgender Fragen darstellen:

1) Was kann Gegenstand einer Beweisführung werden?
2) Wem liegt die Pflicht zu beweisen ob, und wie ist die Form ihrer Feststellung[a])?
3) Auf welche Art wird einer Beweisauflage genügt[b])?

Die auf die erste Frage zu ertheilende Antwort ist bereits in der auf Seite 2 in der Einleitung versuchten Feststellung des Begriffs von civilprocessualischem Beweise angedeutet. Nur von klar zu stellenden Thatsachen redet unsere Definition, Rechte bleiben in Gemäßheit der allbekannten Parömie „jura novit curia" ausgeschlossen[c]), — ganz natürlich, weil der Richter, berufen den

---

a) Beweislast, — Beweisinterlocut, — Beweissatz.

b) Beweismittel und Art ihrer Anwendung, — Beweisgründe.

c) Nur von Rechtssätzen, nicht von Rechtsverhältnissen ist hier die Rede. Wir werden zwar später sehen, daß ein Beweissatz, wo möglich, auf letztere nicht gerichtet werden soll, weil eine derartige Fassung leicht irrige Auslegungen und in deren Gefolge diejenigen Uebelstände veranlaßt, zu deren

Parteien zu sagen, was Recht ist, seinerseits nicht erwarten darf, von diesen darüber belehrt zu werden.

Unser Satz ist aber nach einer doppelten Richtung hin mit Einschränkungen zu verstehen, die wir nachfolgend summarisch angeben wollen:

§. 2.

Von der Regel »jura novit curia« finden Ausnahmen Statt

1) in Ansehung des Gewohnheitsrechts,
2) in gewisser Weise auch des gesetzlichen Rechts, sofern nämlich eine wesentliche Bedingung seiner Verbindungskraft, die erfolgte Publication desselben, Gegenstand einer Beweisführung werden kann,
3) in Betreff des ausländischen Rechts.

§. 3.

Was die Thatsachen anlangt, so müssen wir vor allen Dingen darauf verweisen, daß wir in der oben versuchten Begriffsbestimmung nur solche bezeichnet haben, welche auf den Ausgang des Processes von Einfluß sein können, oder, wie man mit dem Kunstausdruck sagt, welche relevant sind. Irrelevante, im jüngsten Reichsabschiede „impertinente" genannt[a]), sind der ausdrücklichen Erklärung dieser reichsgesetzlichen Bestimmung (vergl.

Vermeidung wir oben (S. 34 der Einleitung) hauptsächlich die Abgabe eines Beweisinterlocuts verlangt haben. Die hin und wieder aufgestellte Behauptung, der Beweissatz dürfe nie auf das Dasein von Rechtsverhältnissen gerichtet werden, ist in dieser Allgemeinheit gleichwohl kein richtiger, das Gegentheil kann unter Umständen zweckmäßig, ja! unvermeidlich werden. Vergl. Planck l. c. S. 260 ff. Sie gehört indeß gar nicht in den Bereich unseres gegenwärtig behandelten Themas, sondern muß demnächst nähere Berücksichtigung finden, wenn wir uns über die zweite der oben aufgeworfenen Fragen auslassen werden.

a) Vergl. Archiv f. civil. Praxis I. 367. not. *

§. 50) wie auch der Natur der Sache nach derartig aus dem Gebiete des Beweises verbannt, daß sie nicht einmal freiwillig von der Partei zu führen unternommen vom Richter zugelassen werden sollen.

Aus unserer Definition ergiebt sich aber auch ferner, daß nur solche Thatsachen Gegenstand der Beweisführung sind, die der Richter als ungewiß anzusehen hat. Die Gewißheit nun bestimmt sich:

1) nach dem Stande der von den Parteien abgegebenen Erklärungen, indem regelmäßig nur in Zweifel gezogen werden darf, was eine Partei von den Behauptungen der andern geleugnet hat[a]), niemals also dasjenige factum, in Ansehung dessen ein Geständniß vorliegt,

2) nach processualischen Grundsätzen in der Weise, daß der Richter ein für alle Male angewiesen ist, unter gewissen Voraussetzungen Thatsachen (ohne Unterschied, ob er sie für wahr hält oder nicht) für wahr anzusehen und zu behandeln, ohne einen Beweis darüber verlangen oder auch nur zulassen zu dürfen. Zu den factis dieser Art gehören diejenigen, welche notorisch, oder durch rechtskräftiges Urtheil für wahr erklärt sind, so wie solche, für die eine gesetzlich anerkannte Vermuthung streitet.

§. 4.

So einfach und leicht dem Gesagten nach die Beantwortung der Frage scheint, was Gegenstand einer Beweisführung sein kann, machen gleichwohl die gedachten Modificationen der darüber aufgestellten allgemeinen Regel diese Antwort schwierig. Dieselben

---

a) Für geleugnet gilt bekanntlich auch dasjenige, worüber sich eine Partei gar nicht erklärt hat, vergl. C. G. O. von 1555. Th. 3 tit. 43. §. 4.

erfordern eine ausführliche Erörterung aus dem Grunde, weil theils über ihre Nothwendigkeit, resp. Zulässigkeit überhaupt, theils über ihr Wesen, ihre Bedeutung und Grenzen, und, soviel die Rechtssätze betrifft, auch über die Art und Weise, wie ein bezüglich ihrer nöthig werdender Beweis zu führen ist, die größte Meinungsverschiedenheit existirt. Einer jeden dieser Modificationen haben wir dieserhalb eine besondere Abhandlung gewidmet.

III.

Beweis von Rechtssätzen.

1. Vom Gewohnheitsrechte.

§. 1.

Der Begriff des Gewohnheitsrechts ist erst in neuerer Zeit richtig festgestellt worden und zwar in einer von der frühern Auffassung der Sache so auffallend abweichenden Weise, daß sich daraus auch völlig veränderte Principien für den Beweis von Gewohnheitsrechten ergeben haben. Es ist daher erforderlich, zunächst den Gesichtspunkt anzugeben, von welchem unsere nachfolgende Darstellung ausgeht:

Das große Verdienst, das Wesen und die Bedeutung des Gewohnheitsrechts richtig erkannt und dargestellt zu haben, hat sich Puchta durch seine Monographie „das Gewohnheitsrecht" (2 Thle. 1828. 1837) erworben, deren eigenen Worte zu citiren uns erlaubt sein möge:

„Es giebt," sagt unser Autor Bd. 1 S. 9, „eine Form der „Rechtsentstehung, welche die unmittelbare genannt werden kann, „insofern hier das Recht wirklich die nationale Ueberzeugung über „die rechtliche Freiheit ist, diese also für sich und ohne ein künstliches Medium wirksam wird. Dieses natürliche Recht, wie man „es deshalb auch nennen könnte, macht sich auf ebenso natürlichem

„Wege geltend, nämlich durch den Einfluß, welchen die Volksüber-
„zeugung auf die einzelnen Glieder des Volks ausübt. Diese „Handlungen heißen, sofern sie durch diesen Einfluß bedingt werden, „Sitte und jenes unmittelbare, natürliche Recht pflegen wir, da „es sich zunächst durch diesen Einfluß äußert, Gewohnheits-„recht zu nennen."

Das Gewohnheitsrecht ist also das im Bewußtsein des Volks unmittelbar entstandene, in der Sitte (Uebung, Gewohnheit) erscheinende Recht, der Grund seiner Existenz liegt in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Volksüberzeugung, die Uebung bringt es zur Anschauung [a]).

§. 2.

Darüber ist man wohl allgemein einverstanden, daß sich der Richter zu allen Zeiten die Erforschung des Gewohnheitsrechts angelegen sein lassen muß [b]); ihm kann indeß, wenn er über einzelne in Frage kommende Gewohnheiten keine Kenntniß besitzt, daraus kein Vorwurf erwachsen, sofern solche Gewohnheiten nicht etwa seinem eigenen Gerichtsbezirke angehören und überdem aufgeschrieben sind [c]). Denn im letztern Falle kann er sich von dem Vorhandensein und Inhalte solcher Rechte durch das Studium der Aufzeichnungen ohne Zuthun der Parteien belehren, während im umgekehrten Falle es Sache der Parteien ist, ihn auf ein in concreto in Betracht zu ziehendes Gewohnheitsrecht hinzuweisen.

Beim Mangel solcher Aufzeichnungen bietet sich ihm allerdings auch manche Gelegenheit, sich Kenntniß des Gewohnheitsrechts zu erwerben, und es läßt sich denken, daß ein Richter durch deren langjährige, gewissenhafte Benutzung aller Gewohnheits-

---

a) Vergl. Puchta, Pand. §. 11.
b) Vergl. Planck, Bew. Urth. S. 255.
c) Vergl. Puchta Pand. §. 109 — c. 1 in VI. 1. 2.

rechte, wenigstens seines Gerichtsbezirks, genau kundig wird. Indeß die Umstände[a]), welche diese Gelegenheit bieten, genügen nicht immer. Wie würde es z. B. einem Richter, der gleich nach seiner Anstellung in einem ihm bislang unbekannten Districte einen Rechtsstreit entscheiden soll, möglich sein, das dabei in Betracht zu ziehende Gewohnheitsrecht zu berücksichtigen, wenn es nicht aufgezeichnet ist, und er von dem Dasein des Rechts nicht einmal eine Ahnung hat! Hier ist es Sache der Partei, das Recht zu allegiren, und der Richter darf es zum Gegenstande einer Beweisauflage machen[b]).

Die Praxis bestätigt zwar täglich diese Ansicht, trotzdem haben die Neueren angefangen zu behaupten, ein Gewohnheitsrecht dürfe nie zum Beweise verstellt werden. Diese Behauptung hat zumeist

a) Eine Reihe solcher Umstände hat Lange in seiner „Begründungslehre des Rechts" §. 15 aufgezählt. „Gewisse Rechtsgewohnheiten prägen sich bei Allen ein durch die bürgerliche Erziehung. Sonst werden sie erkennbar aus der Erfahrung über einzelne Fälle, insofern diese eine feste Regel in Beziehung auf Rechtsverhältnisse voraussetzen; insbesondere auch aus Rechtssprüchen, weil anzunehmen ist, daß die Gerichte nach dem Rechte entscheiden; aus obrigkeitlichen Verfügungen, weil anzunehmen ist, daß diese dem Rechtsgesetze sich conformiren; aus dem gegenseitigen Verhalten der Personen, wonach eine der andern gewisse Befugnisse in Ausübung bringen läßt, weil es natürlich ist einander so weit, als das Rechtsgesetz es gestattet, zu beschränken; aus Verhandlungen in Rechtsfachen, wonach die Parteien gewisse Ansprüche einander zugestehen, weil es nicht zu vermuthen ist, daß man einem Andern ein Recht gegen sich anerkennt, was das Rechtsgesetz nicht so mit sich bringt; und aus Aufsätzen über Rechtsgeschäfte, insoweit darin solche Bestimmungen vorkommen, von welchen man annehmen muß, daß die Parteien von dem herrschenden Rechte etwas Abweichendes haben bestimmen wollen. — Sie kann aber auch noch besonders gewiß gemacht werden mittelst glaubhafter Zeugnisse, da man von einer Gewohnheit, ob man sie gleich nicht unmittelbar durch (sinnliche) Wahrnehmung erkennt, doch nach leichten Folgerungen durch Erfahrung überzeugt werden kann; und mittelst Sinnsprüche (Sprüchwörter, paroemiae), welche Rechtssätze ausdrücken, weil sie sich nicht verbreitet haben würden, wenn sie nicht als wahr anerkannt worden wären."

b) Vergl. v. Vangerow, Pand. §. 17.

darin ihren Grund, daß man eine desfallsige Aeußerung Puchta's mißverstanden hat. Dieselbe ist in der Note b zum §. 109 der „Pandekten" enthalten[a]) und ihrer Fassung nach freilich zu einer irrigen Deutung leicht verführend, wenn man die dabei citirte Monographie nicht gelesen hat, woselbst es auf S. 188 des 2. Bandes heißt: „Die Sache ist die, daß der Richter hier durch die Thätigkeit der Parteien in der Erkenntniß von Rechtssätzen unterstützt „werden soll. Daraus folgt von selbst, daß er an die Partei, deren „Ansprüche die Existenz des fraglichen Rechtssatzes voraussetzen, „die Auflage erläßt, sie innerhalb einer verhältnißmäßigen Frist „nachzuweisen, widrigenfalls in der Entscheidung ihre Behauptung „nicht berücksichtigt werden wird. Diese Auflage kann einen Theil „des Beweisinterlocuts ausmachen, aber sie ist so wenig auf diesen „Ort beschränkt, als die Allegation des Rechtssatzes auf das erste „Stadium des Processes."

Diese Worte unseres Autors geben zu, daß über das Gewohnheitsrecht interloquirt werden kann; aber in Ansehung des Proceßabschnitts, in welchen dieses sowie die zuvorige Allegation fallen soll, weicht Puchta von der Ansicht ab, welche wir im Einverständnisse mit der Praxis für die allein richtige halten.

§. 3.

Es ist ein in der Natur der Sache begründeter, von einer nach dem Verhandlungs- und Eventualprincipe geregelten Justizpflege untrennbarer Grundsatz, daß Alles, was Gegenstand des Beweises in einem Processe werden soll, im s. g. vorbereitenden Verfahren vorgetragen werden muß[b]). Nur ganz besondere Umstände können eine Abweichung von dieser Regel rechtfertigen, dürfen aber ohne

---

a) „Irrthümer: . . . . . . 2, das Gewohnheitsrecht sei Gegenstand des „Beweises, eine lange Zeit ausschließlich herrschend gewesene Meinung" ff.

b) Vergl. S. 32, I. S. 25 f.

eine dringende Nothwendigkeit nicht als vorhanden angenommen werden. Eine solche Nothwendigkeit liegt in unserm Falle nun gar nicht vor, denn das dafür gewöhnlich angeführte Argument, daß Gewohnheitsrecht nicht Recht bleibe, wenn man sich nicht in jedem Stadium des Processes darauf berufen dürfe, ist ein unhaltbares, da es sich nicht um das Bestehen des Rechts überhaupt, sondern nur um seine Anwendung auf den speciellen Fall handelt, und auf diese der Wille und die Thätigkeit der Partei nicht ohne Einfluß ist. Letzteres geben auch ja die Gegner unserer Ansicht selbst zu[a]). Eine verspätete Berufung auf Gewohnheitsrecht ist gleichwohl nicht ohne alle Wirkung, indem dadurch einmal die Basis zu einem Geständnisse gebildet und, im Falle dieses auch erst nach dem s. g. vorbereitenden Verfahren zu einem vollendeten[b]) wird, die Anwendung des Gewohnheitsrechts ohne allen Beweis[c]) möglich werden kann[d]), sodann aber auch der Richter sich selbst durch die verspätete Allegation zu einem Versuche der Feststellung des Rechts ohne Concurrenz der Parteien veranlaßt finden muß, sofern solches geschehen kann, ohne daß der Proceß dadurch aufgehalten wird[e]).

§. 4.

Daß eine Feststellung des Gewohnheitsrechts überhaupt ganz wegfällt, wenn eine Partei das von der andern allegirte Recht

a) Vergl. des Verf. Aufsatz im Archiv Bd. 40. S. 364.

b) Vergl. unten vom Geständnisse §. 3 a. E.

c) Vergl. unten §. 4.

d) Vergl. Archiv l. c.

e) Vergl. Archiv l. c. S. 365. Niemals aber kann der Richter hier noch Beweis des Rechts vom Allegirenden, wäre es auch nur, indem er einzelne Erkenntnißmittel zu den Acten zu bringen beföhle, verlangen, denn dadurch würde eine Verzögerung des regelmäßigen Proceßganges veranlaßt werden, die sich der Gegner nicht gefallen zu lassen braucht.

zugesteht, halten wir für unbestreitbar. Aus dem Geständnisse erkennt der Richter, daß die Parteien die Entscheidung von dem Inhalte des von ihnen als vorhanden angenommenen Rechts abhängig machen wollen; ein möglicher Nachtheil der Täuschung würde nur die Interessen der Parteien mit deren eigenem Willen treffen, das öffentliche Interesse nicht gefährden, weil durch das Geständniß kein Recht mit entscheidender Kraft für andere Fälle constituirt wird. Dagegen streitet auch nicht L. 34 D. de leg., da sie weder die Bedeutung hat, daß der durch Urtheil festgestellte Rechtssatz mit Nothwendigkeit auf andere Fälle angewandt werden müßte[a]), noch von einer Gewohnheit redet, über deren Bestehen die Parteien einig waren.

§. 5.

Je nachdem sonst noch etwas zu beweisen ist oder nicht, wird die Beweisauflage über das Gewohnheitsrecht den theilweisen oder alleinigen Inhalt des nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens abzugebenden Interlocuts ausmachen. Die Fassung wird genau nach den jedesmaligen Behauptungen der Parteien sich richten müssen, es muß sich der Richter in die Lage des Gesetzgebers versetzen und, mit Gesterding zu reden, sich nur die Frage vorlegen: „von welchem Inhalte müßte ein Gesetz und was würde in dieser Hinsicht erforderlich und hinlänglich sein, wenn dieser Fall nach dem Verlangen des streitenden Theils" (d. h. des allegirenden) „entschieden werden sollte". Eine förmliche, genau vorschreibende Beweisauflage liegt im Interesse der allegirenden Partei selbst, denn wie oft ereignet es sich nicht, daß es dem Richter an Umsicht und Fleiß bei der Untersuchung der Frage, ob das Recht

---

a) Vergl. unten §. 8; über das Ganze s. Schneider, Lehre vom Beweise §. 96. Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 75. — L. 2 D. 42. 2.

vorhanden sei, gebricht! Um der Möglichkeit solcher Uebelstände wegen muß es der Partei erlaubt sein, auf die Feststellung des Rechts selbstständig hinzuwirken[a]), dieses aber kann nicht anders mit Aussicht auf günstigen Erfolg geschehen, als wenn das Interlocut bestimmt angiebt, wie das zu ermittelnde Recht beschaffen sein soll[b]).

Der Richter darf daher auch der Partei nicht das Beibringen bestimmt bezeichneter Beweismittel oder den Nachweis bestimmt benannter Anhaltspunkte zur Pflicht machen, aus welchen er unter Berücksichtigung bereits actenmäßig vorliegender oder ex officio ermittelter Momente die vollständige Ueberzeugung von dem fraglichen Rechte glaubt gewinnen zu können. Denn durch jede Aufforderung der Partei zu ihrerseitiger Constatirung des Rechts hat er zu erkennen gegeben, daß er sich selbst nicht mehr zu helfen wisse, daher es Sache der Partei sei, ihn zu überzeugen. Wer aber im Processe hierzu angewiesen wird, hat in der Wahl der Beweismittel und Beweisgründe freie Hand, und wird darin vom Richter nur in soweit beschränkt, als dieser nicht dulden darf, daß der Beweis mit überhaupt unzulässigen Mitteln unternommen, oder auf Dinge gerichtet werde, welche für Erbringung des Beweises irrelevant sind oder schon actenmäßig feststehen. Sollte der Richter indeß etwa befürchten, daß die Partei bei der Beweisführung Umstände unberücksichtigt ließe, welche auf das zu Beweisende hinführen, so mag er auf solche im Interlocute als zum Beweise dienlich hinweisen, auch, wenn er es unterlassen oder die Partei seine Hinweisung nicht beachtet hätte, jene Umstände bei der Entscheidung der Frage, ob das Recht anzunehmen sei, berücksichtigen, wenn sie bereits actenmäßig feststehen oder vom Richter ex officio, ohne den

a) Vergl. Seuffert's Archiv-Bd. X Nr. 124.

b) Vergl. d. Einleitg. §. 7 sub. 1 a. E.

Proceß zu verzögern, festgestellt werden können[a]). Wollte hingegen dieser nur den Nachweis bestimmter Umstände oder Angabe bestimmter Beweismittel verlangen, so könnte davon die Folge sein, daß ein in der Appellationsinstanz über die Ergebnisse der Beweisführung gefälltes Urtheil diese, wenn auch erwiesenen Umstände und angewandten Beweismittel selbst in Verbindung mit dem, was der Richter erster Instanz ex officio in Betracht gezogen hat, für unzureichend erklärte, das zu ermittelnde Recht also unnachgewiesen bliebe, während die dadurch beweisfällig werdende Partei, wenn man ihr durch ein nach unserem Vorschlage eingerichtetes Interlocut freie Hand gelassen hätte, den Nachweis des Rechts würde haben ermöglichen können.

§. 6.

In Ansehung der Beweisantretung ist zu bemerken:

Wer ein Gewohnheitsrecht zu erweisen hat, kann dieses entweder in der Weise anfangen, daß er Personen vorschlägt, durch deren Depositionen, oder Urkunden producirt, durch deren Inhalt geradezu das Bestehen des Rechts bestätigt werden soll, oder er kann einen künstlichen Beweis in der Art unternehmen, daß er facta concludentia anführt und nöthigenfalls beweiset, aus denen sich das Vorhandensein des Rechts folgern läßt, gerichtliche oder außergerichtliche Fälle (Acte) der Uebung einer Gewohnheit, deren Gesammtresultat den Richter von der vorhandenen Ueberzeugung des Volks in Ansehung dessen, was der Beweisführer für Recht ausgiebt, vergewissern soll.

In Betreff der zuerst gedachten Beweisart ist über den Urkundenbeweis etwas Besonderes nicht zu sagen. Rücksichtlich der

---

a) Vergl. die von Seuffert l. c. Bd. VI Nr. 130 mitgetheilte Entscheidung des Göttinger Spruchcollegiums.

vorzuschlagenden Auskunftspersonen unterscheiden wir, ob sie bloß ihre Ansicht über das fragliche Recht, d. h. was sie von dessen Existenz und Inhalt halten, angeben sollen [a]), oder auch Thatsachen zur Begründung ihrer Meinung. Im erstern Falle würden sie als Sachverständige zu benennen sein, denn sie sollen nicht referiren, was sie wahrgenommen haben, sondern ein Urtheil abgeben, welches sie über das, was als Rechtens anzusehen, bei sich selbst feststellen [b]). Im letztern Falle sind sie als Zeugen und Sachverständige zu denominiren, weil sie facta referiren, durch welche sie das abzugebende Urtheil begründen.

Was dagegen die künstliche Beweisführung anlangt, so können die concludenten Thatsachen, welche noch erst eines Beweises bedürfen, auf alle Art wie gewöhnliche andere facta klar gestellt werden. Die Acte der Uebung sind aber schon im Beweisantretungstermin bestimmt zu bezeichnen, damit der Gegner Interrogatorien und Gegenbeweis danach einrichten kann, um zu zeigen, daß jene Fälle entweder gar nicht vorgekommen oder doch nicht so beschaffen sind, daß daraus etwas Sachdienliches hergeleitet werden kann.

Es fragt sich, auf wie viele Fälle der Beweisführer hinzuweisen haben wird?

Die früher hin und wieder aufgestellte Ansicht, daß schon ein einziger Act genügen könne, ist von den Neueren so gründlich widerlegt, daß wir es für unpassend erachten, darüber noch Worte zu verlieren.

Ueberhaupt ist die Meinung derer irrig, welche unsere Frage nach bestimmten Zahlen haben beantworten zu können gemeint.

---

a) Ob der Beweisführer damit ausreicht, wird §. 8 erörtert.

b) Vergl. Savigny, System I. S. 191.

Alles hängt von der jedesmaligen Sachlage und den einen einzelnen Fall begleitenden Umständen ab[a]).

Die ältern Rechtslehrer verlangen actus non interruptos et diuturnos.

In Ansehung der erstern bemerkt richtig ein neuerer Autor[b]), es komme nur darauf an, daß die Continuität der Handlungen im Ganzen ununterbrochen sei, so daß, ungeachtet einzelne andere Handlungen dazwischen fallen, doch daraus auf ein Vorhandensein gemeinsamer Rechtsüberzeugung dürfe geschlossen werden.

Das s. g. Erforderniß der diuturnitas actuum hat zu mancherlei Irrthümern Anlaß gegeben. Durch die in einigen Stellen der Justinianischen Sammlung[c]) sich findenden Ausdrücke »in-

---

a) Wir könnten dieses an einer Reihe von Beispielen darthun, von denen wir indeß nur die schlagendsten anführen wollen.

1) Fälle der Uebung, an denen sich eine größere Anzahl von Personen betheiligte, lassen begreiflich einen bessern Schluß auf das Vorhandensein der opinio publica machen, als Acte, welche von einer geringern Anzahl Handelnder ausgegangen sind, daher von letztern mehrere nachzuweisen sein werden als von erstern. Einseitige Acte dagegen, welche sämmtlich von einer und derselben handelnden Person herrühren, werden selbst in sehr großer Anzahl keinen Beweis liefern, weil man daraus nicht auf die Ueberzeugung des Volks, sondern nur eines Einzigen schließen kann.

2) Betheiligten sich bei den Acten Personen, welche ihrer Stellung und ihrem Berufe nach besondere Gelegenheit und Veranlassung haben, die Volksmeinung zu erfahren, so liefert eine geringere Anzahl von Fällen bessern Beweis als eine größere von solchen, bei denen Leute als die Handelnden erscheinen, welche sich um die herrschenden Rechtsansichten nicht kümmern, überhaupt mit Andern wenig verkehren, oder im Lande, resp. der fragl. Gegend fremd sind.

3) Je nachdem Jemand das Gewohnheitsrecht einer ganzen Provinz oder nur eine Ortsgewohnheit nachweisen will, hat er seinen Beweis auf Fälle zu richten, die in den verschiedenen Theilen der Provinz oder an einem und demselben Platze vorgekommen sind, und von ersteren werden gemeiniglich mehr erforderlich sein als von letzteren.

b) Vergl. Brinckmann, das Gewohnheitsrecht, Heidelberg 1847. S. 7.

c) Conf. L. 32. §. 1. L. 33. L. 35. D. 1. 3. L. 2. 3. C. quae sit longa consuetudo.

veterata«, »diuturna«, »antiquitus probata consuetudo«, »longaevus usus«, »quae per plurimos annos observata sunt« und dergl. m. ließen sich die Aelteren verleiten, dem Gewohnheitsrechte alle Kraft abzusprechen, wenn es nicht seit unvordenklicher Zeit bestehe. Andere wollten diese Ausdrücke so verstehen, als ob dadurch auf einen Verjährungszeitraum hingewiesen sei, indem »diuturnitas« im justinianischen Codex (L. 4. 7. de praescriptione longi temporis) so viel als »longum tempus« bedeute. Die scheinbare Analogie des canonischen Rechts[a]) befestigte diese (sogar in Particulargesetze übergegangene) Ansicht, bis endlich ihre Unhaltbarkeit ebenso zuverlässig als klar nachgewiesen wurde[b]).

Durch eine bloße Reihe von Uebungsacten kann das Gewohnheitsrecht allein allerdings noch nicht dargethan werden. Es muß nämlich mit Grund sich annehmen lassen, daß jene Acte nicht etwa das Product einer augenblicklichen Eingebung sind. Denn es könnte ja möglich sein, daß in Folge einer solchen ein ganzes Volk kurze Zeit hindurch etwas als eine Rechtsregel ansähe und wirklich befolgte, dann aber plötzlich dieselbe aufgäbe. Hier dürfte unmöglich von einer allgemeinen Ueberzeugung die Rede sein, welche Grund eines Rechtssatzes werden könnte; vielmehr wird ein Zustand constanter, stabiler Art vorausgesetzt, wodurch die consuetudo eine »tenaciter servata« wird. Dieses allein wollen unsere Gesetze mit den Ausdrücken »inveterata, diuturna, antiquitus probata consuetudo« andeuten, deren sie sich bedienen, um die Sache recht scharf hervorzuheben. Somit hängt der Beweis des Gewohnheitsrechts allerdings wesentlich von der Dauer der gleichmäßigen Handlungsweise ab, aber auf diese allein kommt es

---

a) Conf. c. 11. X 1. 14. „. . . . legitime sit praescripta". — c. 3 in VI. 1. 4. „. . . . dum tamen alias sit praescripta legitime."

b) Vergl. v. Savigny, System I. 155. Glück, Comment. I. §. 86. V. Brinckmann l. c. I. S. 12.

nicht an, sondern der Richter hat die Dauer unter Berücksichtigung der jedesmaligen sonstigen Umstände zu beurtheilen[a]).

Was insonderheit den durch Zeugen zu führenden Beweis der Uebungsacte anlangt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß durch die völlig zutreffenden Depositionen zweier testes omni exceptione majores jeder einzelne Act zur Gewißheit erhoben wird. Ja! es können unter Umständen testes singulares genügen. Man darf hierwider nicht einwenden, daß, weil jeder einzelne Act ein für sich bestehendes factum bilde, derselbe nicht durch einen Zeugen zu voll bewiesen werde. Denn wenn auch nur jeder Act, statt gewiß, wahrscheinlich gemacht ist, so kann ein jeder andere dadurch an Glaubhaftigkeit gewinnen, so daß sich der Richter, da es auf gleichzeitige Wahrnehmung nicht ankommt, bei Beurtheilung des Gesammtresultats der Beweisführung durch das Zusammentreffen einer Reihe sich gegenseitig unterstützender und ergänzender Momente zur Annahme einer juristischen Gewißheit des zum Beweise verstellten Rechts selbst bewogen findet[b]). Dabei wird er nicht minder auf die Bedeutung, den Umfang und die ganze Beschaffenheit des Rechts als auf die Möglichkeit des Irrthums auf Seiten der Zeugen, auf deren Persönlichkeit und die ihnen zu einer sichern Beobachtung gebotene Gelegenheit Rücksicht nehmen.

§. 7.

Wir schließen unsere Abhandlung über den Beweis des Gewohnheitsrechts durch speciellere Betrachtung der oben nur summarisch angegebenen Beweismittel und die Art ihrer Anwendung.

---

a) Vergl. Savigny l. c. S. 172. Gesterding im Archiv Bd. 3 S. 281. Ausbeute v. Nachforsch. Bd. 5, Abth. 2. S. 110. Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 38, not. 5. Puchta, Gew. Recht II. S. 93—105. Brinckmann S. 13.

b) Vergl. Mühlenbruch, Civilproc. §. 304.

Als Mittel der Beweisführung bedient man sich bei weitem am meisten der Zeugen und Sachverständigen, daher wir von diesen auch zuerst und zumeist handeln wollen. Da indeß, wie wir schon oben (§. 6 S. 55) bemerkt haben, die behuf Feststellung des Gewohnheitsrechts zu befragenden Personen bald in der Rolle von Zeugen, bald in der von Sachverständigen erscheinen, so werden wir sie, wo dieser Unterschied nicht hervorzuheben ist, vielmehr die Deponenten beide Qualitäten in sich vereinigen, mit dem gemeinschaftlichen Namen von „Auskunftspersonen" bezeichnen.

Zur Vermeidung eines Mißverständnisses muß jedoch darauf noch aufmerksam gemacht werden, daß bei den Sachverständigen keineswegs an Juristen von Profession gedacht ist, vielmehr nur gewöhnliche Menschen verstanden sind, welche ihre auf Erfahrung gestützten Urtheile über das, was als „unmittelbare Volksüberzeugung" anzusehen ist, abgeben und auch wohl als „Gewohnheitsrechtskundige", namentlich von Puchta bezeichnet werden. Dagegen verlangen wir, daß die Stellung der Sachverständigen in oder zu dem Volke oder einer bestimmten Abtheilung desselben von der Art ist, daß sie von der herrschenden Volksmeinung sich eine richtige Ueberzeugung zu verschaffen im Stande waren.

§. 8.

Die zu vernehmenden Auskunftspersonen müssen im Uebrigen in Ansehung ihrer Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit nach den von Zeugen und Sachverständigen überhaupt in dieser Beziehung geltenden Grundsätzen behandelt werden. Ihre Beeidigung ist ein nothwendiges Erforderniß, welches nur dann wegfällt, wenn die Parteien hierin mit einander einverstanden sind. Die Frage, wie groß ihre Anzahl sein müsse, damit ihre Depositionen vollen Beweis machen, kann nicht nach Zahlen beantwortet werden, die Umstände müssen in jedem einzelnen Falle ent=

scheiden, und zwar aus gleichen und ähnlichen Gründen, wie solche für die Beantwortung der Frage wegen der erforderlichen Anzahl von Uebungsacten oben (S. 55 ff.) angegeben sind.

Sehr streitig ist es, ob die Auskunftspersonen Glauben finden, wenn sie ihre Ansicht lediglich dahin aussprechen, daß ein in Frage stehendes Gewohnheitsrecht existire, oder ob sie ihre desfallsigen Aussprüche mit Gründen unterstützen müssen. Manche Neuere nehmen das erstere an, wir unsererseits müssen dieser Ansicht entschieden entgegentreten.

Wir gehen bei diesem Widerspruche hauptsächlich davon aus, daß nach unserm heutigen Proceßrechte kein Ausspruch eines Zeugen oder Sachverständigen auf Glauben Anspruch hat, wenn er nicht auf hinreichenden Gründen beruht[a]). Denn die Glaubwürdigkeit der Angabe richtet sich gerade nach dem Grunde derselben, kann ohne dessen Mittheilung also gar nicht beurtheilt werden. Natürlich braucht dieser Grund nicht gerade ein Fall zu sein, in welchem das fragliche Gewohnheitsrecht wirklich zur Anwendung gekommen ist. Es genügt vielmehr jegliche Quelle des Wissens der Deponenten, welche einen vernünftigen Schluß zuläßt. Es würde daher unter Umständen die Versicherung der Existenz eines Gewohnheitsrechts schon dann als eine motivirte sich darstellen, wenn der Deponent nur angab, er habe zu verschiedenen Zeiten von verschiedenen Personen gehört, daß dieses oder jenes Rechtens sei, oder er habe von Andern sich sagen lassen, es sei stets so gehalten, habe auch niemals vernommen, daß es anders angesehen

---

a) Conf. L. 4 C. 4. 20: sola testatione prolatam nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam nullius esse momenti, certum est, welche zwar nur von Zeugen redet, aber auch von Sachverständigen, weil die Römer diese nicht von Zeugen zu unterscheiden pflegten, zu verstehen ist. Vergl. Mittermaier, Archiv Bd. 18, S. 78. Glück l. c. I. 474. Martin §. 221, e. Linde §. 299, 3. Danz §. 356. Claproth §. 312 und die in Note a daselbst citirten Juristen.

oder gehalten worden[a]). Dergleichen Begründung ist freilich keine solche, die die Versicherung des Deponenten schon allein erheblich glaubwürdig macht, sie steht jedenfalls hinter umständlich referirten Acten der Uebung einer Gewohnheit, welche deutlich die s. g. opinio necessitatis ergeben, zurück.

Eine ohne alle Begründung ausgesprochene Ansicht würde auch dann noch keinen Schluß auf ein Gewohnheitsrecht zulassen, wenn eine große Menge von Deponenten sich übereinstimmend für sie erklärte, weil dabei immer noch der Muthmaßung Raum bliebe, daß die Deponenten nur von einer momentanen Idee sich leiten ließen[b]).

Diese unsere Argumentation hat man geglaubt durch folgende Gegenargumente widerlegen zu können:

I. Zunächst behauptet man, wir seien von einem ganz unrichtigen Gesichtspunkte ausgegangen, indem „die processualischen Grundsätze über die Beweisführung nie auf die Erkenntniß von Rechtssätzen angewandt werden dürfen"[c]).

Indeß heißt es denn nicht einen Widerspruch begehen, wenn die Gegner annehmen, der Richter habe bei vorliegendem Geständnisse das Recht für die Entscheidung des einzelnen Falles zu Grunde zu legen, könne es ferner unter Umständen wegen unterlassener Allegation ganz unbeachtet lassen, dürfe der Partei eine peremtorische Frist für Beibringung der Erkenntnißmittel vorschreiben u. s. w. — und wenn sie dennoch vermeinen, der Richter dürfe keine Beweisregeln zur Anwendung bringen, die Grundsätze völlig außer Acht lassen, nach denen zweifelhafte Dinge vor Gericht zur Gewißheit gebracht werden?

---

a) Vergl. Seuffert l. c. Bd. 1 Nr. 172. Bd. 7 Nr. 118; die Argumente der dort mitgetheilten Entscheidungen dürften auch hier passen.

b) Vergl. das Ende des §.

c) Vergl. Puchta, Pand. §. 109 a. E.

Allerdings treten bei Feststellung des Gewohnheitsrechts einige um der Natur dieses Rechts wegen erforderliche Modificationen in der Anwendung dieser Grundsätze ein, indem von strenger Durchführung der Verhandlungsmaxime abstrahirt werden muß. Soweit dagegen die Thätigkeit der Parteien gefordert wird und es auf Beurtheilung des Resultats derselben ankommt, hindert uns die Natur des Rechts durchaus nicht, die von der Proceßtheorie anerkannten Regeln zur Anwendung zu bringen, welche bestimmen, wann etwas als juristisch gewiß gemacht gehalten werden darf und muß. Diese Principien sind aber so natürliche, daß der Richter sie auch dann nicht außer Acht lassen darf, wenn er ohne alle Mitwirkung der Parteien und ganz abgesehen von einem danach zu entscheidenden Processe eine rechtsverbindliche Gewohnheit zu constatiren sich bemüht. Dieselben dürfen bloß deshalb, weil auch die Proceßtheorie ihnen folgt, nicht einmal als rein processualische angesehen werden. Der Satz nun, um den es sich hier gerade handelt, daß nämlich Urtheile und Aussagen von Zeugen und Sachverständigen nur in ihrer Begründung Werth haben, dieser Satz ist gerade ein solcher, dem auch der gemeine Mann im gewöhnlichen Leben folgt. Wer alles glaubt, was Andere sagen, ohne nach den Gründen und der Quelle zu fragen, gilt doch sicher für unvorsichtig und leichtgläubig, und, sonderbar genug! soll der Richter, gerade derselbe also, der sein eigenes Urtheil motiviren muß, sich solcher Unvorsichtigkeit und Leichtgläubigkeit hingeben dürfen, ja! müssen!

II. Wenn man sich ferner auf die Novelle 106 berufen und (allerdings in Uebereinstimmung mit den bedeutendsten Autoritäten[a]) behauptet hat, daß die dort geschilderte Art und Weise,

---

a) Vergl. Puchta, Gew. Recht Th. II. S. 133. v. Savigny, System I, S. 192.

wie Justinian durch seinen Präfecten Johannes die in Ansehung des s. g. foenus nauticum bestehenden Gewohnheitsrechte habe erforschen lassen, darthue, wie der Kaiser auf die unmotivirten Angaben der abgehörten Auskunftspersonen hin die fraglichen Rechte für genugsam constatirt erachtet habe, so beweiset dieses Argument bei genauer Betrachtung der citirten Novelle gar nichts. Denn diese Gesetzesstelle läßt keineswegs ersehen, daß der Präfect von den abgehörten Personen keine Angabe von Gründen ihrer Depositionen, nicht die Quelle ihrer Wissenschaft sich habe mittheilen lassen. Im Gegentheile läßt sich trotzdem, daß hiervon in der Novelle gar keine Rede ist, nur annehmen, daß die Auskunftspersonen, welche so sehr in's Detail hineingegangen sind, nach Art der Leute ihres Standes mehr einzelne Fälle der Uebung des Rechts angegeben, als abstracte Sätze aufgestellt, mindestens, wenn letzteres geschehen, nicht unterlassen haben werden, die allgemeinen Sätze mit Beispielen zu belegen und sie so zu begründen. Es liegt auch nicht einmal in der Novelle ein Grund zu der Annahme, daß der dem Kaiser das Resultat der vom Präfecten angestellten Forschungen mittheilende Bericht von den vermuthlich vernommenen Gründen der Deponenten gar nichts sollte enthalten haben. Daß die Novelle deren nicht gedenkt, darf uns nicht wundern, denn sie giebt ja nicht den Inhalt des Berichts wörtlich wieder, sondern liefert nur eine Zusammenstellung der vom Präfecten gewonnenen Ergebnisse seiner Erkundigungen. Hätte der letztere indeß auch wirklich nicht mehr berichtet, als was der Text der Novelle enthält, so darf doch nicht vergessen werden, daß diese ihrem Zwecke und ihrer wörtlichen Andeutung nach nur ein allgemeines Gesetz liefert, so daß es weder nöthig noch paßlich war, die Begründung der von den Deponenten aufgestellten Ansichten in jenes Gesetz aufzunehmen, und der Präfect, hiervon zum Voraus überzeugt, deshalb sie auch aus seinem Berichte weggelassen haben mag.

Hierzu kommt nun noch folgender Umstand, der uns der allerwichtigste zu sein scheint: Die Novelle zeigt uns nicht, wie der Richter bei Feststellung des Gewohnheitsrechts zu verfahren habe, sondern beschreibt uns nur enunciative, wie Kaiser Justinian zu Werke gegangen ist, als er die Basis für ein zu erlassendes Gesetz herstellen wollte. Somit hat man [a]) mit Unrecht behauptet, der Richter handle im Geiste Justinians, wenn er ein Gewohnheitsrecht auf demselben Wege zu erforschen sich bemühe, welchen nach der (freilich nicht einmal feststehenden) Ansicht unserer Gegner der Präfect Johannes eingeschlagen habe. Der Kaiser nahm ja als Gesetzgeber eine ganz andere Stellung ein wie unser Richter. Jener wollte nur sein Gesetz möglichst dem bisher geltenden Gewohnheitsrechte anpassen, daher dieses gar nicht bis zur juristischen Gewißheit, sondern nur bis zur Wahrscheinlichkeit ermittelt zu werden brauchte. Das ganze Verfahren des Präfecten erscheint als eine Verwaltungsmaßregel. Der Richter dagegen, der einen streitigen Fall nach dem ebenfalls bestrittenen Gewohnheitsrechte unter Controle der Parteien entscheiden soll, muß sich über Bestehen und Umfang des auszumittelnden Rechtssatzes rechtliche Gewißheit verschaffen.

III. Nicht mehr als das aus der Novelle 106 abgeleitete Argument will ein anderes aus dem altdeutschen Rechte entnommenes sagen. Man pflegt sich nämlich auf den Umstand zu berufen, daß unsere Vorfahren den Angaben der über Gewohnheitsrechte befragten Schöffen Glauben schenkten, ohne nach deren Begründung zu fragen. Die Stellung der alten Schöffen zu dem Richter und den Parteien war eine ganz andere als die der heutigen Tags über Gewohnheitsrecht zu befragenden Auskunftspersonen. Jene waren Männer von Distinction und bestimmt erforderlichen Qualitä-

---

a) Vergl. v. Savigny, System I, S. 192.

ten[a]), ihre Aussprüche hatten für den nur die Verhandlungen leitenden und das von den Schöffen gefundene Urtheil verkündenden Richter verbindende Kraft; dagegen ist der heutige Richter derjenige, der über das streitige Bestehen des Rechts selbst zu urtheilen hat, und hierin nur von ganz gewöhnlichen Menschen als Auskunftspersonen unterstützt wird; da nun letztere ihm lediglich etwas suppeditiren, so versteht sich von selbst, daß er über dessen Brauchbarkeit zu entscheiden hat, mithin auch durch Mittheilung der Begründung über den Werth desselben zu urtheilen in den Stand gesetzt werden muß, nicht zu gedenken, daß dieses unerläßlich wird, sobald die Depositionen der gehörten Personen in Widerspruch mit einander oder mit dem Resultate anderer angewandter Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts (z. B. Urkunden) gerathen[b]).

IV. Wir haben nun noch ein letztes Argument unserer Gegner zu betrachten, welches sie aus folgenden Worten aus der L. 34 D. de leg. haben herleiten zu dürfen gemeint[c]):

»Quum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere »quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror,

---

a) Ausgezeichnet durch Ruf, Geburt und Vermögen. Vergl. Walter, deutsch. Rechtsgeschichte §. 99. 408. 574. 578.

b) Mit dieser freilich von den bewährtesten Romanisten, z. B. Puchta, G. R. II. 124, angefochtenen Ansicht stimmt ein Germanist von so großer Autorität, daß wir um derjenigen wegen, die nicht leicht etwas annehmen, was nicht durch einen anerkannten Gewährsmann verbürgt wird, seine Worte zu citiren uns gedrungen fühlen: C. F. Eichhorn sagt in der Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 26. „Auch noch in der neuesten Zeit beruht ein großer Theil unsers Rechts auf Gewohnheiten. Die Bedingungen ihrer Gültigkeit und die Art ihres Beweises müssen ohne Zweifel jetzt nach den Grundsätzen der fremden Rechte beurtheilt werden, da seit dem Untergange der älteren Gerichtsverfassung die Kenntniß des geltenden Rechts nicht mehr auf der Kundschaft der Gerichtsschöffen beruht.“

c) Vergl. Puchta II, 129.

»an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo fir-»mata sit.«

Hieraus hat man in folgender Weise argumentirt: die in contradicto judicio erfolgte Anerkennung der Gewohnheit erscheine als ein Gutachten (nach Einigen als Zeugniß) des Richters, bei dessen Vorhandensein ein anderer Richter regelmäßig wenigstens einer weitern Forschung nach der consuetudo überhoben werde[a]); derselbe sei daher, „wofern er nicht durch besondere Umstände an der Gründlichkeit jener frühern Untersuchung und der Wahrheit ihres Resultats zu zweifeln veranlaßt sei, berechtigt, die Existenz des Gewohnheitsrechts so anzunehmen, wie und in welchem Umfange sie dem frühern Richter sich ergab“[b]).

Ist es also wahr, so schließt man weiter, daß in dem frühern Urtheil ein die Gewohnheit bestätigendes Zeugniß oder Gutachten liegt, und erwähnt unsere L. 34 cit. gar nichts davon, daß solches Urtheil mit Gründen unterstützt sein muß, so ersieht man ja hieraus, wie unsere Gesetze gar nicht von dem Gedanken ausgehen, daß ein derartiges Gewohnheitsrechte bekundendes Zeugniß oder Gutachten mit Gründen belegt sein müsse, wenn es Beweiskraft haben soll. Dasselbe kann also auch nur angenommen werden, wenn statt des Richters eine Privatperson die Existenz der Gewohnheit bestätigt.

Indeß das heißt falsch argumentirt!

Einmal ist es nämlich eine ganz unhaltbare Behauptung, daß der Richter beim Vorliegen eines Urtheils regelmäßig der Forschung nach dessen Gültigkeit und innerem Werth überhoben sein soll, er wird sich vielmehr stets darum zu bekümmern haben[c]), schon

a) So urtheilte schon Azo, lect. ad L. 1 C. h. t. und Sumna ad C. h. t.

b) S. Puchta, Gew. Recht II, 130.

c) S. hierüber unten S. 69.

deßhalb, weil das Urtheil lediglich der Contumaz des Reproducenten oder seiner Ungeschicklichkeit seine Existenz vielleicht verdankt. Der Richter muß also wissen, weßhalb sein Vorgänger so und nicht anders erkannt hat.

Abgesehen ferner davon, daß ein richterliches Gutachten oder Zeugniß mehr Glauben verdient als das von einer Privatperson abgegebene[a]), so folgt daraus, daß die L. 34 D. cit. nicht von Urtheilsgründen redet, nichts weniger, als daß der Verfasser dieser Stelle eine Angabe von Gründen nicht verlangt habe. Er hat vielmehr nur in ganz kurzen Worten eine allgemeine Regel aufgestellt, wobei der Frage, ob die fraglichen Urtheile motivirt sein müßten, gar nicht gedacht zu werden brauchte. Man wird uns vielleicht entgegenhalten, daß der römische Richter zur Angabe der rationes decidendi in seinem Urtheile überhaupt nicht verpflichtet war. Dieses müssen wir zugeben, dennoch aber läßt sich annehmen, daß die Gründe den Parteien regelmäßig zur Kenntniß kamen[b]). Wenn demnach die Motivirung etwas Gewöhnliches war, so rechtfertigt sich wohl eher die Annahme, daß der Jurist in der L. 34 cit. an motivirte Urtheile, als daß er an das Gegentheil gedacht habe.

Weit entfernt also, der Meinung unserer Gegner das Wort zu reden, spricht nun gerade für unsere Ansicht eine genaue Auslegung jenes Gesetzes. Denn es erwähnt nicht schlechthin richter-

a) Denn jene richterlichen sind aus einer unter Mitwirkung und gleichsam Controle der Parteien geführten Untersuchung hervorgegangen, bei welcher die Gelegenheit und Mittel der Erforschung des Rechts dem Richter in einem vorzüglichen Grade, vielleicht vorzugsweise sogar vor andern Gerichten zu Gebote standen (vergl. Puchta Gew. Recht Bd. 2 S. 132); dazu kommt, daß sich der Richter eines öffentlichen Glaubens und Zeugnisses besonderer Erfahrung und der zur Feststellung der Rechtsfrage erforderlichen Kenntnisse erfreuet, und vornehmlich noch, daß er als ein völlig unparteiischer Spruchmann erscheint.

b) Vergl. Linde, Civilproceß §. 168. R. Brinckmann, über richterliche Entscheidungsgründe §. 5—7. L. 6 D. 49. 5. L. 1 C. 7. 61. L. 18. 19. C. 7. 62.

liche Aussprüche, welche das Gewohnheitsrecht anerkennen, sondern es bezieht sich allein auf solche, die in contradicto judicio erfolgt sind, d. h. in einem nach processualischen Regeln geleiteten Verfahren[a]). Diese nun forderten schon zu Justinian's Zeit und selbst früher, noch dringender aber fordern sie h. z. T. Angabe von Gründen abseiten solcher vom Richter behuf der Beweisführung vernommenen Personen, welche in den römisch rechtlichen Quellen, gleichviel, ob sie blos referiren oder auch urtheilen, als testes bezeichnet werden. Wer daran zweifelt, den verweisen wir auf L. 3 §. 5 in fine D. 22. 5. L. 4. C. 4. 20. Nov. 90. c. 2. sowie die Abhandlung von Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd. 2 S. 119 und die S. 60 Note a genannten Autoren, endlich auch auf den Umstand, daß die Angaben der über Gewohnheitsrecht Deponirenden oft auf der Grenze zwischen Zeugnissen und Gutachten liegen, weßhalb die citirten Stellen hier für Platz greifend anzusehen, kein Bedenken entgegenstehen wird.

Daß diese von uns vorgeschlagene Auffassung unserer L. 34 cit. die richtige sei, ergiebt schließlich auch noch eine Vergleichung der L. 13 C. 7. 45.

»Nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, »quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et »multo magis sententias eminentissimorum praefectorum »vel aliorum procerum. Non enim, si quid non bene diri- »matur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, »quum non exemplis sed legibus judicandum sit, neque si

---

a) Hierin liegt auch eine Widerlegung der Ansicht, nach welcher die processualischen Grundsätze nie auf das Verfahren behuf Feststellung des Gewohnheitsrechts angewendet werden dürfen. S. S. 61 Note c. Unsere L. 34 cit. spricht geradezu von einem Verfahren, welches nach solchen Principien geleitet wird, oder man müßte annehmen, ein judicium contradictum könne auch ohne deren Anwendung Statt finden, was doch wohl Niemand behaupten wird.

»cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicujus »maximi magistratus prolatae sententiae; sed omnes judices »nostros veritatem, et legum et justitiae sequi vestigia san- »cimus.«

Hiernach soll der Richter keineswegs blindlings nach dem Urtheile eines Andern sich richten, er muß folglich regelmäßig nach dem Werthe eines das Gewohnheitsrecht bestätigenden Urtheils forschen, und über diesen belehren ihn ja gerade die deßhalb unentbehrlichen Entscheidungsgründe. Kommt es denn aber nicht auf etwas Ungereimtes hinaus, wenn der Richter einer Deposition des Privatmanns, auch wenn sie der Begründung entbehrt, soll folgen dürfen, nicht aber dem unmotivirten Ausspruch eines Collegen? Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ein gehörig motivirtes Urtheil eines Richters deßhalb nöthig sei, weil es so viel vermöge als eine Menge unmotivirter Aussagen. Denn die Menge ersetzt wahrlich nicht eine Begründung, stets wird der Einzelne mit Gründen sicherer streiten als eine Ueberzahl Anderer ohne dieselben, insonderheit muß aber hier noch in Ansehung des Beweises eines Gewohnheitsrechts wiederholt werden, was wir bereits oben S. 61 Note b anführten.

§. 9.

Das wichtigste Mittel zum Beweise eines Gewohnheitsrechts sind außer den Zeugen und Sachverständigen die Urkunden. Deren Zulässigkeit im Allgemeinen wird zwar von Niemandem angezweifelt, auffallend ist es indeß, daß man die einzelnen Arten von tauglichen Urkunden gewöhnlich viel zu sehr eingeschränkt findet. Die Forschungen der Neueren erst haben dazu beigetragen, daß man nicht mit den Aelteren bloß richterliche Urtheile und s. g. Atteste, sondern auch Privataufzeichnungen, Vertragsurkunden und in Ansehung zu beweisender Handelsgewohnheiten die

s. g. Pareres der Kaufleute mit hierher zählt[a]). Von diesen soll nun besonders im Nachfolgenden gehandelt werden:

1. Daß die richterlichen Urtheile mit gehörigen Gründen belegt sein müssen, ist nach den im vorigen Paragraphen enthaltenen Erörterungen wohl kaum noch zu bemerken erforderlich. Man würde auch vergeblich uns entgegenhalten, daß h. z. T. die Richter gar vielfach versäumen, ihren Urtheilen die rationes decidendi ein- oder nachzufügen. Gemeinrechtliche Billigung kann dieses niemals finden, auch die meisten Particularrechte verordnen die stete Allegation der Entscheidungsgründe[b]).

Manche Juristen sind zu der sonderbaren Behauptung gekommen, daß die Urtheile der untern Gerichte nur dann genügenden Beweis liefern, wenn sie von den höhern bestätigt seien. Nach ihrer Ansicht erscheint das contradictum judicium, von dem die L. 34 D. de leg. redet, „erst in letzter Instanz geschlossen", oder,

---

a) Auch hiermit dürfte die Sache noch keineswegs erschöpft sein, was folgendes uns aus eigener Praxis bekannte Beispiel lehrt: Im nördlichen Theile des Königreichs Hannover ist es Gebrauch, daß bei Verkäufen retrahibeler Grundstücke die Contrahenten diese den Retractsberechtigten durch Anschlag an die Kirchen „anbieten". In Processen bilden diese Anschläge, unter denen man sich bloße Privatanzeigen zu denken hat, gewöhnliche Beweismittel der Existenz gewohnheitlicher Retractrechte oder einer besondern Art derselben. So wird namentlich aus den in fast allen Anschlägen gleichmäßig sich findenden Worten: „was wir damit bekannt machen und zwar erst den Freunden, dann den Fremden" nicht selten der Beweis der Zulässigkeit eines retractus ex jure gentilitio überhaupt, sondern des Vorzugs der Erblosung vor dem retractus ex jure vicinitatis hergeleitet.

b) S. Martin l. c. §. 108. Linde §. 168. Bayer S. 427, II. 7. Aufl. R. Brinkmann, über richterl. Entsch. Gründe §. 20—34 (woselbst nicht nur der heutigen Bestimmungen des deutschen, sondern auch manchen fremden Particularrechts gedacht wird), damit stimmt auch das Preuß. und Hannov. Recht (Proc. Ordnung von 1850. §. 356.) und der Bundesbeschluß vom 3. Aug. 1820 Art. V. „Dem im Namen der Bundesversammlung abzufassenden Erkenntnisse sollen jederzeit die vollständigen Entscheidungsgründe beigefügt werden."

um mit denen zu reden, die einer andern Lesart folgen, „die contradicta consuetudo“ verliert erst in letzter Instanz „durch Ausschließung der rechtlichen Möglichkeit einer weitern Bestreitung die Eigenschaft contradicta zu sein“ [a]). Ganz abgesehen davon, daß schon durch die allgemeine Fassung der L. 13 C. 7. 45 und durch die in P. I. tit. 13 §. 1 der Kammergerichtsordnung von 1555 enthaltene Bestimmung die gedachte Ansicht von der Nothwendigkeit einer Bestätigung unterrichterlicher Entscheidungen widerlegt wird, erscheint auch die aus der Natur der Sache versuchte Begründung derselben völlig unzutreffend, weil einestheils aus einer unterbliebenen Anfechtung eines unterrichterlichen Urtheils angenommen werden darf, daß beide Parteien das Urtheil für ein richtiges hielten [b]), anderntheils aber mit Verstreichung der zur Anfechtung bestimmten Frist die Möglichkeit einer weitern Bestreitung ebensowohl verloren geht, als wenn das Urtheil alle Instanzen durchgemacht hat. Wird aber ein einziges Urtheil schon vollen Beweis ausmachen, oder wird der Producent deren mehrere vorlegen müssen? Daß diese Frage affirmativ beantwortet werden darf, dürfte der Inhalt der mehrerwähnten L. 34 D. de leg. ergeben. Aber es ist, wie schon früher angedeutet wurde, die Beschaffenheit des Urtheils dasjenige Moment, von welchem in jedem concreten Falle die Entscheidung unserer Frage abhängig ist. Bejahend würden wir z. B. diese abgeben, wenn das vorgelegte Urtheil ersehen läßt, wie dessen Verfasser durch eine Reihe von gerichtlichen und außergerichtlichen, in dem Urtheile aufgeführten Uebungsacten, imgleichen durch gehörig motivirte, im Urtheile erwähnte Depositionen der Auskunftspersonen zu der Annahme des Vorhandenseins eines in Zweifel gezogenen Rechts bewogen ward, so daß er

---

a) Vergl. Brinckmann, Gewohnh. Recht S. 42 §. 6 Note 1.

b) S. die Stellen in Note c auf S. 112.

unter Verwerfung der gleichzeitig mitgetheilten etwaigen Gegenbeweisgründe diese Zweifel für beseitigt erklärt hat. Wenn und jemehr dagegen ein Erkenntniß an dem Mangel dunkeler oder unzutreffender Begründung, fehlender genauer und bestimmter Mittheilung der Beweis- und Gegenbeweis-Argumente laborirt, werden je nach Lage der Sache mehrere Urtheile zu einem vollen Beweise nöthig sein.

2. Atteste nennt man im Allgemeinen alle die Existenz oder den Inhalt von Gewohnheitsrechten bekräftigenden schriftlichen Versicherungen. Sie sind also ganz ähnlicher Art wie die Depositionen der Auskunftspersonen, unterscheiden sich indeß durch ihre Form und den höhern Grad der Glaubwürdigkeit von diesen. Je nachdem sie nun bloß unmotivirte oder durch Beifügung factischer Gründe unterstützte Bestätigungen der Gewohnheiten enthalten, sind sie Gutachten oder zugleich auch Zeugnisse[a]), die Benennung „Atteste" dürfte also streng genommen nicht ganz zutreffend sein.

Nur die von Gerichten ausgestellten Atteste für taugliche Beweismittel anzunehmen, dürfte überall kein Grund vorhanden sein. Dem Wesen der Sache nach ist es nur der Inhalt und vorzugsweise dessen Begründung, worin das überzeugende Moment liegt. Hat also die ausstellende Behörde nur dieses in gehöriger Weise ausgedrückt, so kommt auf den Umstand nichts an, daß sie keine richterliche Gewalt hat, vorausgesetzt nur, daß sich der Inhalt des Attestes auf die in das Ressort der Behörde einschlagenden Dinge beschränkt und ihr überhaupt in Ansehung dessen,

a) Dies gilt auch von solchen, worin nur versichert wird, daß eine gewisse Regel stets zur Anwendung gekommen, daß, soviel man wisse, nie anders verfahren sei. Vorzugsweise liegt hierin allerdings ein Zeugniß, denn es wird Thatsächliches referirt, die Behörde ertheilt aber indirect auch ein Gutachten, weil sie nicht so würde verfahren sein, wenn sie nicht das für richtig gehalten hätte, was als Rechtsregel zur Anwendung gebracht ist.

was sie in dieser Hinsicht bestätigt, öffentlicher Glauben beigelegt wird.

Diese Ansicht wird nicht durch den dawider angeführten Umstand widerlegt, daß richterliche Atteste aus einer unter gegenseitigem Widerspruch und gleichsam unter Controle der Parteien angestellten Untersuchung hervorgegangen sind. Denn daraus allein schöpfen die Gerichte nicht ihre Kenntniß des bestehenden Gewohnheitsrechts, vielmehr bietet die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit dazu eine ebenso gute Gelegenheit; andererseits ist doch nicht zu leugnen, daß auch Behörden ohne richterliche Gewalt nicht selten in der Lage sind, das Gewohnheitsrecht unter gewisser Mitwirkung einander widersprechender Interessenten zu constatiren[a]). Ob das, was sie auf diese Weise festgestellt zu haben meinen, wirklich mit Beifall Rechtens für rechtsverbindlich gelten kann, das zu ermessen ist Sache des Richters, der nach dem Inhalte des Attests die desfallsige Entscheidung abzugeben hat.

Somit haben wir einen neuen Beweis für die Richtigkeit unserer Behauptung, daß alle Bekräftigungen des Bestehens von Gewohnheitsrechten, mögen sie von Privaten oder Behörden ausgehen, stets der Begründung bedürfen, da in dieser der Prüfstein ihrer Glaubwürdigkeit vorzugsweise liegt. Vergeblich beruft man sich auf c. 6 X 1. 9. (Licet igitur judex non semper ad unam speciem probationis applicet mentem suam, sed ex confessionibus, depositionibus, allegationibus et aliis, quae in ejus praesentia proponuntur, formet animi sui motum: et tanta sit judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur. Quare si tu coram Dulmen. Episcopo et ejus conjudicibus nihil penitus

a) z. B. die Domanialbehörden in Hannover, welche die Feststellung der von den Meyergütern zu entrichtenden Abfindungen und Altentheilspräßtationen reguliren, wobei großentheils nur Gewohnheiten entscheiden.

probavistes, standum tamen sententiae fuerat, nisi adversarius eam ostenderet irritandam. Quia tamen praeter ista constitit de ipsius renunciatione spontanea per quasdam Episcoporum literas et confessionem ipsius, nos eis super eadem Abbatia silentium duximus imponendum.) und ist dadurch zu der Behauptung verleitet, daß unmotivirte Aussprüche der Behörden wenigstens halben, ja sogar ganzen Beweis liefern können, wenn sie nur mit gehöriger Unterschrift und Siegel versehen sind[a]). Weder die Natur der Sache noch unsere Gesetze haben dieses irgendwie anerkannt. Insonderheit ist nicht c. 6 X cit. hierher gehörig, denn darin ist nicht von Attesten, sondern von Urtheilen die Rede, letztere pflegten aber gerade die geistlichen Gerichte unter Mittheilung von Gründen auszusprechen[b]).

Mit gleich geringem Grunde haben Andere gemeint, das Attest verdiene wenigstens dann Glauben, wenn sich der Beweis fordernde Richter vollkommen davon überzeugt halte, daß der Ausstellung eine genügende Erwägung aller dabei in Betracht zu ziehenden Umstände vorangegangen sei, und an den Kenntnissen und Gewissenhaftigkeit des Ausstellers kein Zweifel obwalte. Denn welche Bürgschaft für das Eine oder Andere wäre dem Richter gegeben, welches Gesetz ermächtigte ihn, der Persönlichkeit des einen Ausstellers mehr zu trauen als der des andern[c])?

---

a) So urtheilt z. B. Leyser, med. ad Pand. spec. 9, med. 9, mit Berufung auf c. 6 X cit.

b) Vergl. c. 12. X. 2. 25. c. 18. 22. X. 2. 27; nicht entgegensteht c. 16 X 2. 26, wie Brinckmann (richterl. Entscheidungsgründe S. 34—38) treffend gezeigt hat.

c) Diejenigen Atteste, deren wir S. 72 Note a gedacht haben, gehören zu den unmotivirten Aussprüchen keineswegs, wie das in der cit. Note darüber Gesagte ergiebt. Hier findet Dasjenige im erhöhten Maße seine Anwendung, was bereits oben §. 8 S. 60 in Ansehung solcher Deponenten bemerkt worden ist, welche ihre Aussagen darauf beschränken, von verschiedenen Leuten zu verschiedenen Zeiten vernommen zu haben, daß es so und nicht anders gehalten sei

Es kann daher auch nicht genügen, wenn die attestirende Behörde lediglich sich auf die Versicherung beschränkt, daß ein fragliches Gewohnheitsrecht notorisch sei. Denn die Bestätigung der Notorietät ist weiter nichts als die Bestätigung der Existenz des Rechts selbst, wie sich aus der nachfolgenden Abhandlung über das Notorische sattsam ergeben wird. (Vergl. den Schluß des §. 4. daselbst).

3. Privataufzeichnungen geltender Gewohnheitsrechte kommen schon früh in Deutschland vor, und eben so früh macht sich die Ansicht geltend, daß dieselben, wenn dem Verfasser in Ansehung seiner Wahrheitsliebe und Erudition zu trauen ist, zur Constatirung der Gewohnheiten ein sehr tüchtiges Mittel seien. Das Ansehen der im 13. Jahrhundert entstandenen deutschen Rechtsbücher beweiset das im Großen, Aufzeichnungen von Provinzial- und Localgewohnheiten im Kleinen.

Puchta[a]) und andere Juristen stellen ganz allgemein die

---

und gehalten werde. Beides können gerade Behörden aus den Acten der Registratur und den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit viel besser in Erfahrung bringen als Privatdeponenten. Deßhalb messen wir den gedachten Attesten zwar mehr Autorität bei als den Angaben der Privaten, keineswegs aber denjenigen Glauben, welchen das eine detaillirte Angabe der vorgekommenen Acte der Uebung mittheilende Attest verdient. — Aehnlich urtheilt, in der Hauptsache mit uns einverstanden, Brinckmann (Gew. Recht S. 58.). „Hierin findet die Controverse über die Nothwendigkeit der Angabe von Uebungsacten und die Ausnahmen davon ihre Erledigung. Nur der Grund des richterlichen Wissens, nicht etwa die einzelnen Uebungsacte sind anzugeben nothwendig. Die von Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 86. 87 (vergl. auch Puchta, Gew. Recht II, 197) als Ausnahmen von der Nothwendigkeit der Angabe einzelner Uebungsfälle angeführten Beispiele fallen unter die gegebene allgemeine Regel, daß die Angabe des Grundes der richterlichen Kunde nothwendig sei. Vergl. noch v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. I. S. 316."

Zum Theil andere Ansichten finden sich, jedoch nur in Bezug auf einzelne Fälle bei Glück, Comment. I. S. 476 Note 49, v. Quistorp, rechtliche Bemerkg. II. Nr. 29. Pütter, auserlesene Rechtsfälle tom. 1. Abthlg. 2. Entsch. 43.

a) S. Dessen Gew. Recht Bd. 2 S. 147.

Behauptung auf: Privataufzeichnungen, obwohl nicht eidlich bekräftigt, haben denselben Anspruch auf Glauben wie die eidlich erhärteten Angaben der Auskunftspersonen, die der Richter vernommen hat. Jener Mangel der Bekräftigung durch den Eidschwur wird nach der Meinung dieser Rechtsgelehrten durch den Umstand aufgewogen, daß die Privatangaben nicht im Hinblick auf einen im concreten Rechtsstreite zu erbringenden Beweis gemacht worden sind.

So richtig dieses Argument an und für sich sein mag, so verdient doch die aufgestellte Ansicht in ihrer Allgemeinheit keinen rechtlichen Beifall.

Man nehme nur einfach den Fall, da Jemand, der einen Proceß anfangen will oder dessen Anstellung abseiten eines Andern als möglich erwartet, in dem es auf das Bestehen eines angeblichen Gewohnheitsrechts ankommen wird, einen bewährten, ihm auch sonst nicht nahe stehenden Juristen schon eine Reihe von Jahren vor der muthmaßlichen Nothwendigkeit des Beweises eines solchen Rechts inducirt, etwas als unzweifelhaft hinzustellen, was in Wahrheit sehr bestrittenes oder wohl überhaupt gar kein Recht ist[a]).

Soll der Richter also blindlings den Privataufzeichnungen folgen? Nimmermehr! es wird stets auf die Lage der jeweiligen Verhältnisse ankommen, auf die Persönlichkeit des Verfassers nicht bloß als Juristen, sondern auch als Menschen, auf seine Bildung, seinen Ruf und Beruf. Daneben aber fällt das Alter solcher Urkunden ganz besonders in die Waagschale, weil bei Aufzeichnungen,

---

a) Dergleichen wäre gerade nichts Unwahrscheinliches, denn einestheils lehrt die Erfahrung, daß die besten Kenner des Rechts davon die schlechteste Anwendung zu machen sich nicht scheuen, und das honeste vive, neminem laede lediglich im Munde führen, ohne es durch ihr eigenes Beispiel zu belegen, anderntheils dürfte es schwer halten, den Verfasser solcher unlautern Aufzeichnungen zur Bestrafung zu ziehen, so daß ihn auch nicht einst deren Befürchtung abmahnen wird.

die vor Menschengedenken entstanden sind, deren Verfasser wohl kein Verdacht treffen kann, er habe ihre Anwendung für irgend welchen bestimmten Fall vor Augen gehabt[a]). Ganz dasselbe gilt dann, wenn eine Privataufzeichnung notorisch sich im Volke Glauben erworben hat, oder dieses nachgewiesen wird.

4. Vertragsurkunden hat man früher nicht als beweisend betrachtet, weil man von der unrichtigen Idee ausging, daß eine rechtsverbindliche Gewohnheit erst zu solcher dadurch werde, daß sie von den Gerichten dafür erklärt sei. Nun kann doch aber nicht verkannt werden, wie eben dadurch, daß Jemand freiwillig einer gewissen Regel gemäß bei Abschließung von Verträgen handelt, seine Ueberzeugung von der Verbindlichkeit dieser Regel sich deutlicher an den Tag legt, als wenn er durch richterliches Urtheil (welches er ja immerhin für unrichtig halten könnte) dazu gezwungen ist[b]). Sollte Jemand uns hier entgegenhalten, daß man nicht, was ohnehin Rechtens sei, zum besondern Gegenstande eines Vertrags zu machen brauche, Gegentheils der Umstand, daß dieses geschehen, beweise, wie es nicht schon als Rechtens angesehen sei, so verweisen wir ihn darauf, daß erfahrungsmäßig dieser Einwand gar oft nicht zutrifft, und namentlich die Contrahenten deßhalb dergleichen festsetzen, weil sie alle Processe über das von ihnen allerdings anerkannte, möglicherweise aber dennoch in Zweifel zu

---

a) Conf. c. 13 X. 2. 19. Quum causam, quae inter Colubri. et Egitan. Episcopos super suarum limitatione dioecesum vertitur, vobis duximus committendam. Mandamus, quatenus secundum divisiones, quae per libros antiquos vel alio modo melius probantur, nec non testes, famam, et quaecunque alia adminicula in negotiis procedatis. Schneider, Lehre v. Bew. §. 305.

b) Ueber das Ganze vergleiche man: Seuffert's Archiv Bd. 4 Nr. 94. Böhmer, consult. et decis. Vol. II. p. 1 resp. 68 No. 28. Schorch. consil. Erford., resp. 157. No. 13. 14. Becmann, consil. resp. 45, No. 11. — L. 13. D. pr. D. 22. 1. L. 5 C. 4. 32.

ziehende Gewohnheitsrecht abschneiden wollen[a]). Dabei kommt viel auf die Vertragsworte und darauf an, ob dieselbe Bestimmung unter verschiedenen Umständen als eine zu befolgende bezeichnet ist. Richtig sagt daher Puchta Gew. Recht II S. 35. „Es wird immer die Frage möglich sein, ob jene Vertragsbestimmungen auch materiell in der Vereinbarung, oder ob sie nicht vielmehr in dem Bewußtsein einer Rechtsvorschrift ihren Grund hat. Das letztere kann durch concurrirende Umstände zur Evidenz gebracht werden, und unter dieser Voraussetzung werden daher auch Verträge als Zeugnisse für die Existenz des Rechtssatzes zu gebrauchen sein."

5. Es bliebe nun noch übrig, von den s. g. Pareres der Kaufleute zu handeln, welche freilich auch unter die Rubrik „Auskunftspersonen" gepaßt hätten. Da indeß diese besonders wichtig den für Beweis ausländischen Gewohnheitsrechts werden, so verweisen wir auf die desfallsigen Erörterungen in §. 7 S.

§. 10.

Der Eid ist von manchen Juristen als ein für den Beweis des Gewohnheitsrechts untaugliches, von Andern für ein uneingeschränkt zulässiges Mittel erklärt worden. Die Wahrheit liegt in der Mitte, und ist in der That nicht eben schwer zu finden.

Soll eine künstliche Beweisführung mittelst Darlegung von Uebungsacten Statt finden, so steht nichts im Wege, den Beweisführer über die etwa noch zweifelhaften Acte seinem Gegner den Eid deferiren zu lassen. Niemals aber wird es zulässig sein, einen

---

a) Daher rührt z. B. die Sitte, die adeligen Töchter auf die Succession in Stamm- und Fideicommißgüter verzichten zu lassen, sie stammt aus einer Zeit, wo das einheimische Recht mit dem fremden im Kampfe lag; h. z. T. hat dieser Verzicht nur die Bedeutung, „daß der Inhalt einer bestehenden Rechtsnorm als Inhalt eines Rechtsgeschäfts wiederholt wird". Vergl. Gerber, Deutsch. Priv. Recht §. 264. Walter, Deutsch. Priv. Recht §. 467—469.

Eid im Falle des nicht künstlichen Beweises über das Gewohnheitsrecht selbst zuzuschieben[a]). Zwar würde letzteres nicht, wie man wohl angeben hört, daraus folgen, daß die Eidesdelation nur in Ansehung eines facti nicht aber über ein Recht zulässig ist, denn die Frage wegen des Bestehens eines jeglichen Rechtssatzes ist in der That eine wahre quaestio facti. Aber es handelt sich hier um ein mit Sinnen nicht wahrnehmbares, sondern nur durch Schlußfolgerungen und Urtheilen zu erkennendes factum, zu welcher Erkenntniß keineswegs Jedermann für befähigt gehalten werden darf. Der gemeine Mann weiß schwerlich, worauf es bei Beantwortung dieser quaestio facti ankommt, er hat auch selten die Gelegenheit der Feststellung des wahren Sachverhalts in dem Maße, wie sie dem Richter sich darbietet. Was würde mithin gefährlicher sein, als die Partei schwören zu lassen, daß ein gewisses Gewohnheitsrecht bestehe, oder daß es nicht existire[b])! Auch verdient die Bemerkung eines bewährten Juristen[c]) Beachtung, daß man deßhalb schon solch' allgemeinen Eid nicht gestatten dürfe, „weil dadurch der Richter nicht in den Stand gesetzt würde, zu prüfen, ob nach den gesetzlichen Erfordernissen das Gewohnheits-

---

a) Vergl. Glück l. c. I, 490. Kemmerich de prob. consuet., Sectio II. §. 17. Puchta, Gew. Recht II, S. 193. Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 81.

b) Man wende nicht ein, daß auch die vom Richter zu vernehmenden Auskunftspersonen ihre Aussagen eidlich bekräftigen müssen. Denn diese schwören nicht, daß das Recht bestehe, und ihr Schwur hat nicht die Entscheidung der Sache mit Nothwendigkeit zur Folge, sie schwören vielmehr den promissorischen Eid, die Wahrheit sagen zu wollen, geben danach erst an, was sie glauben und finden damit keinen Beifall, sofern sie ihre Ansichten nicht begründen. Was dagegen die Partei beschwört, muß ohne Weiteres der Sache den Ausschlag geben, hier ist obendrein die Entscheidung von dem Schwur eines Einzigen abhängig, der ein Interesse hat, daß seinem Wunsche gemäß das Recht festgestellt werde, regelmäßig also mindestens befangen sein wird.

c) Vergl. Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 81.

recht vorhanden sei und der Schwörende dann nicht eine reine Thatsache beschwören würde."

Mithin läßt sich hier auch nicht mit einem Glaubenseide aushelfen; „die Existenz des Rechtssatzes selbst ist überhaupt nichts, was durch die Aussage einer Partei wahr gemacht werden kann, wie sehr man sich auch durch die eidliche Bestärkung ihrer Glaubwürdigkeit versichern möge"[a]).

Diese unsere Ansichten streiten nicht mit unserer frühern Behauptung, daß ein Beweis des Gewohnheitsrechts mit dem Willen der Parteien überflüssig werden könne, durch Geständniß nämlich. Denn ein freiwilliges Abhängigmachen der Entscheidung von einem als existent angenommenen Rechtssatze unterscheidet sich gewiß wesentlich von dem Falle, da eine Partei die andere auffordert, die Entscheidung von deren oder ihrem eigenen Gewissen abhängig zu machen, widrigenfalls der Proceß eine für die aufgeforderte Partei mißliche Richtung nehmen wird.

Also nur über die einzelnen concludenten Thatsachen kann zum Zweck der künstlichen Beweisführung ein Eid deferirt werden. Ob indeß dieser de veritate oder de credulitate oder nescientia zu schwören sein werde, darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze.

Sind nun unsere aufgestellten Argumente überhaupt richtig, so versteht sich von selbst, daß auch der **nothwendige** Eid sich niemals auf die Existenz des Rechts überhaupt, sondern nur auf concludente facta beziehen darf. Wenn Manche dieses haben leugnen mögen, so ist die Unrichtigkeit ihrer Behauptungen zu sehr in die Augen springend, auch von den größten Autoritäten[b]) ausgesprochen, als daß wir noch irgend etwas darüber hinzuzusetzen hätten.

---

a) Vergl. Puchta, Gew. Recht II, 193.
b) Vergl. Puchta, Gew. Recht II, S. 193. Note 37.

II. Vom gesetzlichen Rechte.

§. 1.

Eine auf specieller Festsetzung der Staatsgewalt beruhende Rechtsregel kann auf verfassungsmäßigem Wege beschlossen und durch Druck oder Schrift constatirt (redigirt) sein, dennoch aber keine Verbindungskraff haben. Dieses wird insonderheit dann der Fall sein, wenn das im Uebrigen vollständig vorliegende Recht noch nicht zur öffentlichen Kunde gebracht, oder wie man es mit dem Kunstausdruck bezeichnet, noch nicht publicirt ist. Dieser der Natur der Sache so sehr entsprechende Satz ist in Deutschland schon früh zur Geltung gekommen[a]).

§. 2.

Nicht selten sind gerade die Fälle, da man über die Frage, ob eine zwar in der erforderlichen Form vorliegende gesetzliche Bestimmung wirklich publicirt worden sei, im Ungewissen sich befindet. Wird hier zulässig sein zu interloquiren, also demjenigen, der sich im Processe auf solche Bestimmung beruft, oder seinem Gegner, welcher leugnet, den Beweis der Publication, resp. des Gegentheils aufzuerlegen? — Diese Frage ist von den Juristen vielfach, aber in sehr verschiedener Weise zu beantworten versucht worden. In der Regel wird zwar, wie Bayer[b]) bemerkt, die Publication notorisch sein; dann freilich kann von keinem Beweise die Rede

---

a) Vergl. Häberlin, deutsch. Staatsrecht II. S. 163. Zachariä, deutsch. Staats- und Bundesrecht §. 132. — Hellfeld, jurisprudentia forensis §. 19. Entgegenstehende Stellen des Justinianeischen Rechts wie z. B. L. 1 §. 1 D. 1. 4 kommen dagegen nicht in Betracht. Vergl. Mühlenbruch Pand. §. 34 z. A.

b) Civilproceß S. 682.

sein, weil Notorietät der Beweisführung überhebt[a]). Eben so wenig Gelegenheit zur Erörterung unserer Frage bietet sich in Ansehung solcher Gesetze, welche einer Zeit angehören, in welcher der betr. Staat dafür gesorgt hat, daß bei allen erlassenen Gesetzen der Act der Publication auf eine bestimmt vorgeschriebene Weise constatirt werde, hier bringt es die Berufspflicht des Richters mit sich, nach der Thatsache der Publication sich zu erkundigen, so gut als er z. B. wissen muß, welche Stellen des corpus juris glossirt, restituirt sind. Dagegen giebt es aber auch geschriebenes der grauen Vorzeit angehöriges Recht, über dessen Publication dem Richter keineswegs glaubhafte Nachrichten in dem Maße zu Gebote stehen, daß es ihm möglich würde, ohne Hülfe Anderer sich davon zu vergewissern[b]). Hier bleibt offenbar nichts anderes übrig, als der auf solches Gesetz sich berufenden Parthei den Beweis der Publi-

---

a) Darüber das Nähere in Abh. VI. §. 1—5.

b) Im Königreiche Hannover giebt es eine Reihe von jura scripta, deren Publication ungewiß ist. Dergleichen finden sich namentlich in Sam. v. Pufendorf's Schriften. Leyser wollte die vermißte praesumtio juris in der L. 14 C. de contrah. et committ. stipul. finden. S. seine medit. ad Pand. 7. 3. und vol. 12. suppl. 1 spec. 7. med. 16, wo es u. A. heißt: „Quodsi instrumenta et contractus privatorum secundum L. 14 C. de contr. et comm. stipul. praesumtionem solennitatis pro se habent, adeo ut omnia, sine quibus contractus vel instrumentum nequit valere, adhibita praesumantur; quanto magis decet pro lege principis praesumere, eam scilicet legitime et observatis omnibus, quae ad inducendam obligationem necessaria sunt, latam fuisse, atque publicationem, quae ad essentiale legis pertinet, rite accessisse.“ Die hier vorliegende Verwechselung wesentlich verschiedener Dinge, der Privatdisposition, als eines nur für die Disponenten und deren Successoren verbindlichen Acts, und derjenigen, welche vom Willen der Privaten unabhängig die Gesammtheit verpflichtet, der Verstoß gegen die Regel, daß jura singularia strict zu interpretiren sind, der gänzliche Mangel auch nur einer Aehnlichkeit der analog behandelten Fälle (welche sich doch wesentlich dadurch unterscheiden, daß in dem vom Gesetz angezogenen dasjenige gar nicht gefordert wird, von dem die Wirksamkeit des damit verglichenen abhängt), — alles Dieses zeigt das Unhaltbare der Leyser'schen Argumentation nur zu deutlich.

cation zu injungiren, oder aber dem Richter zu erlauben, daß er die Allegation unberücksichtigt lasse, weil die erfolgte Publication, als conditio sine qua non der Gültigkeit des allegirten Rechtssatzes, nicht constire. Wie gefährlich letzteres ist, ergiebt sich schon daraus, daß leider nur zu viele Beispiele mangelhafter Rechtskenntniß der Richter vorkommen; angenommen aber auch, dem Richter erwachse nach Lage der Sache aus seiner Unbekanntschaft mit der Publication kein Vorwurf, würde man nicht wenigstens der Partei Gelegenheit geben müssen, ihre Behauptung einer historischen Thatsache wahrzumachen?

Man hat gesagt, die von dem Gegner des Allegirenden ausgesprochene Bestreitung der Publication müsse gar nicht berücksichtigt werden, sobald sich der Text des Gesetzes in der erforderlichen Form vorfinde, denn für die Publication streite die Vermuthung, Gesetze werden redigirt, um in das Leben zu treten, nicht aber, um unpublicirt der Vergessenheit anheimzufallen, und wenn ja ein Fall der letzten Art vorkommen sollte, bilde er erfahrungsmäßig einen exceptionellen. Diesen Erfahrungssatz zugegeben, so wird doch Niemand hier mehr als eine praesumtio hominis s. facti annehmen können, denn es giebt kein Gesetz, welches sie sanctionirte, und selbst wenn diese praesumtio facti zu einer Rechtsvermuthung erhoben wäre, dürfte man dem, der die Publication leugnet, nicht verwehren, daß er nachwiese, die Veröffentlichung sei im vorliegenden Falle nicht erfolgt. Nur die Beweisrolle änderte sich, für die Beantwortung unserer Frage hätte man nichts gewonnen, sofern die Publicationsfrage doch Beweisgegenstand würde.

Mitunter nimmt der Richter ein jus scriptum aus dem Grunde als verbindlich an, weil feststeht, daß nach dessen Inhalte, so viel bekannt, stets verfahren wurde, obwohl die Publication nicht constirt. Ein solches Verfahren kann vollkommen ge-

rechtfertigt sein, nur von einer den Beweis überflüssig machenden Präsumtion darf man hier nicht reden [a]). Oft wird der Richter so handeln, weil er die Publication für notorisch hält. Es ereignet sich aber auch wohl, daß die Publication bereits redigirter Verfügungen absichtlich hinausgeschoben, dennoch deren Inhalt bekannt wird, und, weil man seine Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit allseitig anerkennt, zur Anwendung und selbst in den Gerichtsgebrauch gelangt, ohne daß die wirkliche Publication erfolgt. An der Möglichkeit der auf solche Weise entstehenden Verbindungskraft des Inhalts der Verfügungen dürfte nicht zu zweifeln sein, aber wir hätten hier kein gesetzliches Recht.

Auch der Umstand, daß eine Verfügung in die Sammlung der Landesgesetze aufgenommen ist, kann zwar von Bedeutung sein, darf aber nicht immer als entscheidend angesehen werden [b]), es sei denn, daß die Staatsgewalt der Sammlung Autorität durch die öffentliche Erklärung ertheilt hätte, daß alle darin aufgenommenen Verfügungen verbindliche Kraft haben sollen. Selbst in diesem Falle würden dieselben dennoch nicht als gesetzliche in Ansehung der vor dieser öffentlichen Erklärung liegenden Zeit gelten können, als Gesetze für die der Vorzeit angehörigen Fälle vom Richter nicht angewandt werden dürfen. Die Präsumtion einer Publication läge auch selbst in Ansehung anderer Fälle nicht vor, sondern die öffentliche Sanction verträte die Stelle der Publication.

Das Ergebniß unserer Untersuchung geht demnach dahin: entsteht Streit über das Factum der Publication, so kann dasselbe möglicherweise Gegenstand der Beweisführung werden. Damit

---

a) Ein sehr gewichtiger Beweisgrund für die Publication liegt aber allerdings darin, da auch die Uebung für die Existenz von Gesetzen zeugen kann. Vergl. Puchta, Pand. §. 15, z. A.

b) Vergl. Pfeiffer's practische Ausführungen VI. 174.

stimmen nicht nur angesehene Processualisten, sondern auch bewährte Publicisten überein[a]).

Dieser Beweis kann sehr schwer, ja! unmöglich werden; oft dagegen läßt er sich auf natürlichem, oder — wie wir schon andeuteten — auf künstlichem Wege erbringen[b]).

§. 3.

Es ist dem Verfasser nicht unbekannt, daß die Praktiker mitunter im Widerspruch mit den hier aufgestellten Ansichten entscheiden. Die unten in der Note a citirten Fälle aus Seuffert's Archiv liefern die Belege, indem die daselbst vorkommenden höchsten Gerichte von der Ansicht ausgingen: der Richter muß ex officio, d. h. ohne Zuthun der Parteien diesen sagen, was als Gesetz in seinem Lande gilt, dieses Gelten ist abhängig von der Publication, folglich darf er auch darüber keinen Nachweis verlangen; daß die Durchführung dieser Ansicht zu Ungerechtigkeiten führen muß, dürfte im ersten Theile des 2. §. dargethan sein, dieses läßt sich von dem Auferlegen des Beweises aber nie sagen, denn hätte dasselbe nur in Unwissenheit des interloquirenden Richters seinen

a) Vergl. Bayer, Proc. Aufl. 8 S. 682 und Zachariä l. c. §. 132. Ueber Privilegien im engern Sinne s. Bayer l. c. mit Berufung auf L. 5 pr. D. 22. Eine andere Ansicht findet sich in Seuffert's Archiv VIII. Nr. 226 und in Betreff von Localstatuten X. Nr. 3. Letzterer widerspricht Bayer l. c. S. 684.

b) Die Schwierigkeit und unter Umständen eintretende Unmöglichkeit des Beweises hat Leyser (medit. tom. I, spec. 7. §. 2) verleitet, diese als Argument gegen dessen Zulässigkeit anzuführen. Er hat übersehen, daß die Frage, was, wann und von wem etwas zu beweisen ist, nicht nach der mehr oder minder großen Schwierigkeit und der relativen Unmöglichkeit des Erbringens eines Beweises sich beantwortet. Die Ausführung seiner Behauptung nimmt auch lediglich auf den bei sehr alten Rechtssätzen unmöglichen natürlichen Beweis durch Zeugen Rücksicht, auf Sachverständige, auf die so nahe liegende Beweisführung durch Urkunden und den künstlichen Beweis ist unser Autor gar nicht gekommen.

Grund, so muß der dadurch Verletzte Abhülfe durch Appellation suchen, hilft dieses nicht, so ist er noch immer besser daran, wenn er beweispflichtig bleibt, als wenn das von ihm allegirte Recht für nicht bestehend angenommen wird. Die Rücksicht auf den Gegner, der unter einer in Folge der Beweisführung unvermeidlichen Proceßverzögerung leidet, kommt hiergegen nicht in Anschlag, denn gelingt die Beweisführung, so trifft ihn nicht in ungerechter, ja! nicht einmal harter Weise ein Nachtheil, gelingt sie nicht, so werden ihm Zeit und Kosten vergütet, den seltenen Fall einer Kostencompensation abgerechnet, den er gleichsam als casus hier wie auch sonst tragen muß, so lange die Vergleichung der Kosten aus dem Proceßrechte nicht verbannt ist.

III. Beweis ausländischen Rechts.

§. 1.

Die Nothwendigkeit, richterlichen Entscheidungen fremde Rechtssätze zu Grunde zu legen, ist bei dem durch die Vermehrung und Vervollkommnung der Communicationsmittel so ungemein erleichterten und gehobenen Verkehr mit den fernsten Nationen heut' zu Tage keine Seltenheit. Dennoch finden wir die Frage, wie man fremdes Recht vor Gericht constatirt, weder durch Gesetz oder Gewohnheit noch Doctrin[a]) beantwortet, höchstens mögen sich einige, dem juristischen größern Publicum nicht einst bekannt gewordene Lo-

a) Außer einer Abhandlung von Mittermaier im 18. Bande des Archivs f. Civilrecht ꝛc. und zweien andern von Haimerl in Wagner's Zeitschrift f. östr. Rechtsgelehrsamkeit, 1833, 1836 und im Magazin f. Rechts- und Staatswissenschaft, Band 7 dürfte Erhebliches darüber nicht geschrieben sein. Einen neuen Versuch hat der Verfasser gemacht in seiner Abhandlung „principia juris peregrini, quomodo probentur coram judice patriae in causis civilibus, Jenae MDCCCLVI.

calgewohnheiten in Deutschland gebildet haben. Der Grund, weßhalb unsere Frage so wenig Beachtung gefunden hat, liegt wohl einerseits in dem schon angeführten Umstande, daß früher der Verkehr mit fremden Völkern ein geringer war, die Nothwendigkeit, nach fremden Rechten zu unterscheiden, also umsoweniger oft eintrat[a]), als andererseits ehedem das Princip möglichster Rechtsgleichheit für In- und Ausländer[b]) entweder gar nicht oder in unvollkommenern Grade als gegenwärtig Anerkennung fand.

§. 2.

Dieselben Gründe, welche eine Beweisauflage über einheimische Rechtsgewohnheiten rechtfertigen und fordern, treffen auch hier, jedoch mit dem Unterschiede zu, daß sie viel häufiger wirksam werden, weil alle von den Parteien nicht verlangte Thätigkeit des Richters behuf Constatirung fremden Rechts wegfällt, und außerdem nicht bloß der Beweis fremder Rechtsgewohnheiten, sondern auch der ausländischen Gesetze, wo sie ungewiß gemacht werden, regelmäßig nothwendig ist.

Freilich hat man behauptet, daß sowohl der inländische Richter, falls er wolle, ex officio nach einem fremden Rechte Nachforschungen anstellen, als auch von einer Beweisauflage dann abstehen dürfe, wenn er „zufällig eine vollkommen sichere Kunde von der Existenz und dem Inhalte des in Frage stehenden ausländischen

---

a) Vergl. des Verf. Abhandlg. S. 4 und 5 der Einleitung.

b) Vergl. Walter, Deutsch. Priv. Recht §. 41. „Jeder Mensch ist nicht ein bloßes Individuum, sondern mehr oder weniger von einem Kreise rechtlicher Eigenschaften umgeben, worin er lebt und den er überall hin mitnimmt, und es liegt im natürlichen Zusammenhange der Dinge und im Geiste gebildeter Völker, daß, wenn man überhaupt einen Ausländer vor inländischen Gerichten als Rechtssubject achtet, man auch bis zu einem gewissen Grade auf den rechtlichen Kreis, der ihn umgiebt, Rücksicht nehme" u. s. w. S. auch v. Savigny, System VIII. S. 27.

Gesetzes besitze"[a]). Allein die eine wie die andere Behauptung scheint uns unhaltbar. Allgemein anerkannt ist es, daß der Proceßrichter zweifelhafte Thatsachen nicht bloß ohne Vorwurf ignoriren darf, sondern auch ex officio sie nicht feststellen soll. Nun aber ist das Bestehen eines jeden Rechtssatzes ein factum und deßhalb an und für sich von der Partei, die sich darauf beruft, zu beweisen, wo nicht, — wie allerdings in den meisten Fällen, in denen es auf einheimisches Recht ankommt — die Rechte den Richter verpflichten, sich ohne Zuthun der Partei die erforderliche Kunde von dessen Dasein und Inhalte zu verschaffen. Kein Gesetz indeß sagt, daß eine ex officio vorzunehmende Feststellung fremden Rechts geboten oder auch nur gestattet sei, sie streitet gegen die Verhandlungsmaxime und die ganze Art und Weise, wie Thatsachen heut' zu Tage im Processe zur rechtlichen Gewißheit gebracht werden. Die in einem oberstrichterlichen Urtheile[b]) neuerdings für die entgegengesetzte Meinung hervorgehobene Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit mag zwar den Gesetzgeber zu entsprechenden Abänderungen des gegenwärtigen Rechts bewegen, der Richter hat sich jedoch bis dahin, daß solches geschehen, aller ex officio vorzunehmenden Thätigkeit zu enthalten. Es kommt hinzu, daß beim jetzigen Stande der Sache seine Bemühungen keine juristische Gewißheit erzeugen würden, weil das ihm in Ansehung des einheimischen Rechts ertheilte Zeugniß, daß ihm hinreichende Kenntniß desselben beiwohne, ihm rücksichtlich fremder Rechte und Gewohnheiten völlig abgeht. Ersteres giebt ihm der Staat durch seine Anstellung auch dann schon, wenn es nicht auf Grund einer Prüfung expresse abgegeben ist. Denn da nach ausdrücklicher Bestimmung unserer Gesetze[c]) zuverlässige Rechtskenntniß Vorbedingung der

---

a) Vergl. Bayer, Proc. Aufl. 8 S. 683.
b) S. Seuffert's Archiv Band 2 Nr. 322.
c) S. j. R. A. §. 108. Nov. 82 pr.

Bestallung ist, so giebt durch letztere der Staat zu erkennen, daß er den Angestellten der bestehenden Gesetze kundig, des Erkundens künftig zu erlassender und der durch sie etwa eintretenden Modificationen bereits bestehender, wie auch der Erforschung von Gewohnheitsrechten fähig erachte. Diese bereits vorhandene oder noch zu erwerbende Rechtskenntniß gewährt dem Publicum Garantie einer richtigen Judicatur und ist eine Art officieller Kunde, während alles, was der Richter „zufällig" vom fremden Rechte in Erfahrung bringt, eine privatim erlangte bleibt, bei der es eben an derjenigen Voraussetzung fehlt, von welcher unsere Gegner ausgehen, „daß sie nämlich eine vollkommen sichere" sei. Wer eine oder mehrere gesetzliche Bestimmungen des Auslandes selbst durch Lesen des officiellen Textes hat kennen lernen, bietet doch wahrlich noch keine Sicherheit dafür, daß er sie auch richtig interpretiren und anwenden wird, denn beides kann von andern mit dem Gelesenen in Verbindung stehenden bereits vor oder nach jenem entstandenen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen gar sehr abhängig sein. Aehnlich auch verhält es sich mit Gewohnheiten, indem es an aller Garantie dafür fehlt, daß der inländische Richter weiß, welche s. g. Erfordernisse das ausländische Recht für die Möglichkeit der Entstehung einer rechtsverbindlichen Gewohnheit aufstellt[a]). Mit einem Worte: es läßt sich nicht annehmen, daß ein Richter vollständige, sichere Kunde von einer

---

a) Vergl. Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 77. „Dies wird z. B. „wichtig bei der Verjährung, wenn diese nach den Gesetzen des Orts, von „dessen Gewohnheitsrecht die Rede ist, gefordert wird, z. B. nach den Be„hauptungen vieler sächsischer Juristen" u. s. w.

In Ansehung solcher Bestimmungen sowohl als der für die Anwendung und Interpretation von Gesetzen aus andern oder aus Rechtsgewohnheiten sich ergebenden Momente ist es Sache der Parteien, den Richter in der Beweisinstanz auf das in Betracht Kommende hinzuweisen, widrigenfalls sie sich nicht beschweren können, wenn darauf keine Rücksicht genommen wird.

rechtlichen Bestimmung des Auslandes habe, wenn nicht vorliegt, daß er des gesammten in demselben geltenden Rechts insoweit kundig ist, als es von einem Richter überhaupt zu verlangen steht[a]).

§. 3.

Nach einem fremden Rechte darf niemals entschieden werden, wenn nicht juristische Gewißheit darüber, daß und wie es vorhanden ist, vorliegt. Nicht zu billigen ist es daher, wenn man bloß deßhalb, weil die Herstellung solcher Gewißheit sehr schwierig erscheint, sich mit einiger Wahrscheinlichkeit hat begnügen zu können gemeint[b]). Denn da von dem Vorhandensein des Rechtssatzes der Ausgang des Rechtsstreits dependirt, so kann in solchem Falle, wie wir unten[c]) zeigen werden, von den formellen Erfordernissen eines Beweises nichts nachgelassen werden, die Schwierigkeit eines Beweises entscheidet überhaupt nicht über die Berechtigung, ihn zu verlangen.

§. 4.

Zu einer Beweisauflage kann es überhaupt aber nur unter der Voraussetzung kommen, daß der fremde Rechtssatz von einem

---

a) Andere Ansichten als die oben entwickelten findet man in den von Seuffert (Bd. 2 Nr. 218 und 322) mitgetheilten Entscheidungen der Ober-Appell.-Gerichte in Dresden und Cassel. Wohin indeß die der unsrigen entgegengesetzte Ansicht führt, beweiset das von Seuffert (Bd. 4 Nr. 92) ebenfalls referirte Erkenntniß des Tribunals in Lübeck, welches ohne Beweis annahm, daß nach den Gesetzen aller europäischen Staaten und Colonien die Kinder von der Beerbung ihres Vaters nicht ausgeschlossen seien, wogegen der Herausgeber bemerkt, daß es nach Würzburger und Bamberger Landrecht im Falle einer allgemeinen Gütergemeinschaft der Eltern umgekehrt gehalten wird.

b) Vergl. das in diesem Sinne sich aussprechende Urtheil bei Seuffert Bd. 10 Nr. 95.

c) Vergl. unten die Abhandlung über den Unterschied von Beweis und Bescheinigung §. 1, Abs. 3.

der streitenden Theile allegirt, von dem andern bestritten, und sein Dasein und Inhalt nicht etwa notorisch ist. Nachstehende Betrachtungen werden diese Behauptung rechtfertigen.

I. Braucht zwar im Allgemeinen eine Partei die Rechte, auf welche sich ihr Anspruch stützt, nicht besonders anzuführen, weil der Richter selbst wissen muß, unter welche Regeln er die im Processe vorkommenden Thatsachen zu subsumiren hat[a]), so steht es doch um fremde Rechte anders, da es weder ihm möglich noch anzusinnen ist, alle Rechte fremder Nationen zu kennen, so daß es ihm nicht zum Vorwurfe gereichen kann, wenn er von dem Dasein der von dem Rechte seines Landes abweichenden Bestimmungen nicht einmal eine Kenntniß hat, woraus sich ganz von selbst ergiebt, daß ihn die Partei darauf aufmerksam machen muß. Ja! selbst wenn der Richter Kenntniß besäße, würde er dennoch nicht ohne Allegation sie zur Anwendung bringen dürfen, weil er nicht in den Proceß ziehen darf, was er bloß privatim in Erfahrung brachte. Das von Puchta[b]) angeführte Gegenargument, daß jede Abweichung von der Regel, wonach dem Richter die Rechtssätze nicht erst durch die Parteien zu geben sind, als etwas Singuläres zu betrachten sei und, wenn sie durch die Umstände Bedürfniß werde, nach der L. 141. 162 pr. D. de R. J. über dieses Bedürfniß hinaus nicht erstreckt werden dürfe, ist kein haltbares, weil sich diese Regel selbst gar nicht auf fremdes Recht bezieht, mithin auch eine Ausnahme von derselben hier nicht angenommen werden darf.

---

a) Vergl. Bayer, Proc. Aufl. 8 S. 526, wo auch die in Ansehung des einheimischen Rechts Statt findenden Ausnahmen von unserer Regel angeführt sind.

b) Vergl. dessen Gewohn. Recht Thl. 2 S. 172. Die citirten Gesetze passen nicht, weil nicht „contra rationem juris receptum est," daß der Richter seine etwaige Privatkenntniß fremder Rechte aus dem Spiele zu lassen hat.

II. In Ansehung eines über das Vorhandensein und den Inhalt eines fremden Rechtssatzes vorliegenden Geständnisses dürfen wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf das oben S. 52 im §. 4 über Gewohnheitsrecht Vorgetragene verweisen, dessen Begründung auch hier paßt,

III. Wahrhaft notorische Thatsachen bedürfen, wie unten in der Abhandlung VI. gezeigt wird, so wenig des Beweises, daß kein Richter solchen verlangen darf. Es gilt dieses also auch bezüglich des notorischen facti der Existenz eines in einem bestimmten Umfange behaupteten Rechts eines fremden Landes. Freilich wird es sich nicht oft ereignen, daß solche Rechte notorisch sind, indeß denkbar ist es doch, besonders wo es sich um jura eines angrenzenden Staats handelt, von denen die an der Grenze wohnhaften Inländer in ihrem täglichen Leben und Verkehr häufig berührt werden, weil sich letzterer vielfach ins Ausland erstreckt.

§. 5.

Was die Einrichtung des Beweisinterlocuts anlangt, so trifft hier in der Hauptsache alles dasjenige ebenfalls zu, was wir über zu beweisende inländische Gewohnheiten im §. 5 S. 52 gesagt haben. Wichtig wird für die Auferlegung und Antretung des Beweises die allgemeine Betrachtung, daß, wenn es zwar sich um Feststellung der Thatsache des Vorhandenseins eines Rechtssatzes handelt (vergl. S. 88), dennoch dergleichen factum sich von Thatsachen i. e. S. („gewöhnlichen Thatsachen", wie man auch wohl gesagt hat) darin unterscheidet, daß es nicht durch bloße sinnliche Wahrnehmung, sondern erst durch Schlüsse zur Erkenntniß gebracht wird[a]). Wir werden die Anwendung dieser Bemerkung in der Folge noch oft zu machen Gelegenheit haben.

---

a) Dies gilt nicht nur von Gewohnheitsrechten, sondern auch von Gesetzen, indem sich deren ratio und dispositio, selbst wenn sie im Texte vorliegen, nicht

Wenn der Richter über fremdes Recht interloquiren will, hat er sich streng an den Parteienvortrag zu halten, damit er sich nicht gegen die Verhandlungsmaxime verstößt. Ist dieser Vortrag nicht mit Deutlichkeit und Umständlichkeit gehalten, so daß der Richter ersehen kann, wie das fremde Recht lauten und beschaffen sein soll, so darf er das Fehlende nicht suppliren, indem er etwas in den Vortrag bringt, was die Partei gar nicht behauptet hat. Es kann folglich in dergleichen Fällen überall nicht zur Beweisauflage kommen, weil der Richter nicht weiß, ob das angezogene Recht für die Beurtheilung des Streitfalls überhaupt maßgebend sein kann, oder ob er nicht vielleicht etwas Irrelevantes zum Beweise verstellen wird, was er doch, wie wir in der IV. Abhandlung weitläuftig zeigen werden, durchaus nicht thun darf. Es kann mithin auf keinen Fall genügen, wenn die Partei sich darauf beschränkt zu behaupten, daß ihr Verlangen den Beifall des ausländischen Rechts für sich habe, oder von ausländischen Gerichten so, wie sie wolle, würde entschieden werden. In diesem Sinne hat auch das Ober-Appell.-Gericht in Lübeck nach Seuffert Bd. 2 Nr. 85 entschieden.

Ueber die Beschaffenheit eines zum Beweise zu verstellenden Rechts braucht sich das Interlocut keineswegs so genau auszulassen, daß es zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht unterscheidet [a]). Dieser Punkt kann ganz unberührt bleiben, weil lex und consuetudo gleiche Bedeutung für die Entscheidung haben [b]). Und da kein Richter die Parteienvorträge in facto suppliren darf, so liegt

---

ohne Vergleichung der einzelnen Worte und Sätze und daraus zu ziehende Conclusionen werden ermitteln lassen.

a) Dieses ist die Regel; eine Ausnahme könnte da vorkommen, wo die besondere Sachlage den Unterschied hervorzuheben verlangt, z. B. Jemand behauptet hätte, daß ein an sich unzweifelhaft gegebenes Gesetz durch entgegenstehende Gewohnheit verdrängt wäre.

b) Puchta, Pand. §. 13 Note p. v. Savigny, System I, S. 150.

auch kein Grund für ihn zu der Annahme vor, daß eine Partei, bloß deßhalb, weil sie Umstände vortrug, welche, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, einen Schluß auf das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts würden gerechtfertigt erscheinen lassen, auf solches allein provocirt habe. Der Richter muß vorerst auf das entsprechende Recht überhaupt interloquiren und erwarten, auf welche Art desselben der Beweispflichtige die Beweisantretung demnächst richten wird [a]).

Ferner mag noch vor dem von Mittermaier mit Recht hervorgehobene Gefährlichen des Gebrauchs von s. g. terminis technicis [b]) gewarnt werden, indem oft sehr verschiedenartig in verschiedenen Ländern ausgebildete Rechtsinstitute mit demselben Kunstausdruck bezeichnet werden, so daß daraus nicht immer, was bewiesen werden soll, abzuleiten ist.

Endlich muß das Interlocut eine genaue Angabe der in Betracht kommenden Zeit und Oertlichkeit enthalten. Es könnte ja der Fall sein, daß in einem Lande gegenwärtig zwar Rechtens ist, was zu der in Betracht kommenden Zeit keineswegs Recht war, oder aber, daß zwar in einem fremden Lande ein Recht, wie das zu beweisende, existirt, nur nicht gerade an dem Orte, auf den es ankommt.

Sagt also das Interlocut von Zeit und Ort nichts, so ist es möglich, daß der Beweisführer seiner Anordnung buchstäblich ge-

---

a) Wenn er seine Beweisantretung auf Gewohnheitsrecht richten will, braucht er natürlich auf die bereits feststehenden Merkmale desselben als solche bloß zu verweisen, also lediglich in Ansehung anderer, soweit es darauf noch ankommt, Beweismittel vorzuschlagen, wobei er jedoch diese zweifelhaften Momente ausdrücklich zu bezeichnen haben wird.

b) Vergl. Archiv f. civil. Praxis Bd. 18 S. 73. „Aus dem bloßen Dasein der allgemeinen Gütergemeinschaft folgt" (z. B.) „noch nicht die Zulässigkeit der communio prorogata, die letztere hat sich vielmehr rein local nur in einzelnen Particularrechten ausgebildet" u. s. w.

nügt, ohne daß der Richter Aufklärung dessen erhält, was durch die Beweisführung klar gestellt werden soll.

§. 6.

Aber es ist eine andere Frage, ob der Beweisführer mit Rücksicht auf das so eben Vorgetragene seine Beweisantretung einzurichten, d. h. Beweisgründe und Beweismittel vorzulegen haben wird, welche ergeben, daß das in Frage stehende Recht bis auf die in Betracht kommende Zeit fortgedauert habe, und gerade an dem fraglichen Orte geltendes Recht sei oder daselbst Geltung gehabt habe. Bei der zu versuchenden Beantwortung müssen wir verschiedene Fälle unterscheiden:

1. In Ansehung s. g. Rechte im subjectiven Sinne nehmen wir bekanntlich an, daß, im Falle Jemand die Entstehung eines solchen Rechts dargethan hat, er dessen Fortdauer nicht zu beweisen, vielmehr sein Gegner, wenn er das Aufhören des Rechts behauptet, solches darzuthun habe. Unbedenklich sagen wir dasselbe vom s. g. Rechte im objectiven Sinne, denn es trifft für beide Fälle derselbe Grund zu, welchen (in Ansehung des subjectiven Rechts) ein geistreicher Schriftsteller[a]) darin setzt, daß die Fortdauer des Rechts nicht wie seine Entstehung durch äußere Thatsachen bedingt, sondern eine natürliche, aber unsichtbare Folge seiner einmaligen Entstehung ist, also in der That gar nicht bewiesen werden kann.

2. In Ansehung des Orts, um den es sich handelt, gelten für gesetzliches und Gewohnheits-Recht keineswegs dieselben Regeln:

a. Steht nämlich fest, daß ein ohne Einschränkung auf bestimmte Gegenden, Orte u. s. w. redendes Gesetz wirklich erlassen worden ist, so müssen wir annehmen, daß es alle

a) Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche rc. S. 346.

Bürger des Staats, mögen sie wohnen und weilen, wo sie wollen, treffen soll. Hat Jemand das Vorhandensein solchen Gesetzes dargethan, so muß der Gegner seine Ausnahme von gewissen Oertlichkeiten nachweisen, wenn er sie behauptet.

b. Anders ist es mit dem Gewohnheitsrechte. Denn da dessen Existenz durch die von Verhältnissen abhängige s. g. opinio necessitatis bedingt ist, so darf nicht angenommen werden, daß die Ansicht von der rechtlichen Nothwendigkeit einer Norm, die sich an einzelnen Orten eines Landes findet, auch von dessen sämmtlichen Bewohnern getheilt werde. Die Beweisantretung muß daher eben auf den in Betracht kommenden Ort gerichtet sein[a]).

§. 7.

Der Beweis fremder Gewohnheitsrechte hat im Allgemeinen nichts von dem der einheimischen Abweichendes. Wir dürfen uns also mit einer Verweisung auf das oben S. 54—80 Vorgetragene begnügen. Bei der Beurtheilung des durch eine Beweisführung gewonnenen Resultats hat sich der Richter zunächst an die hinsichtlich der s. g. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts

---

a) Aus den obigen Erörterungen scheint auf den ersten Anblick, zum Theile wenigstens, zu folgen, als wäre das im vorigen §. in Ansehung des auf Zeit und Oertlichkeit zu richtenden Interlocuts Vorgetragene überflüssig. Indeß in Wirklichkeit ist jenes doch keineswegs unnütz besprochen worden. Die vorhin gedachte Fassung des Beweisurtheils haben wir nur darum verlangt, damit der Beweispflichtige nicht in die Möglichkeit gelange, durch Nachweis eines anderswo als an dem betr. Orte im Auslande, oder erst nach der in Frage stehenden Zeit geltenden Rechts den Worten des Beweisthemas zu genügen, während nichtsdestoweniger dessen Zweck nicht erreicht und dem Gegner obendrein die Möglichkeit benommen sein würde, den Beweis durch Gegenbeweis zu elidiren. Diese Unzuträglichkeiten schließt die Beobachtung unserer im vorigen §. aufgestellten Regel aus.

für das Inland geltenden Regeln zu halten, so lange er nicht von der Partei, welche behauptet, daß im Auslande hierunter etwas Abweichendes gelte, im Wege des Beweises darüber vergewissert worden ist.

Der durch Urkunden zu führende Beweis des fremden Gewohnheitsrechts verlangt übrigens noch einige specielle Bemerkungen.

Urkunden ausländischer Behörden bedürfen der s. g. Legalisation, d. h. weil ihre vorschriftsmäßige Form, namentlich Siegel, sowie die Competenz der ausstellenden Behörde dem inländischen Richter unbekannt ist, so muß abseiten eines Vertreters des Inlandes im Auslande (Gesandten, Geschäftsträgers, Consuls u. s. w.) wenigstens attestirt sein, daß kein Grund vorliege, an der Richtigkeit der Form und Competenz zu zweifeln. Anderer Ansicht war nach Seuffert's Mittheilung[a]) das Ober-Appell.-Gericht in Darmstadt, weil gemeinrechtlich nicht (und auch nicht particularrechtlich in Hessen) vorgeschrieben sei, daß öffentliche, von ausländischen Behörden herrührende Urkunden diplomatisch legalisirt sein müßten, um als ächt zu gelten, und auch die Doctrin solches nicht verlange, der Richter auch in Bezug auf die Frage der Aechtheit auf seine Reflexion und die sich ihm darbietenden Erkenntnißgründe hingewiesen sei, so daß er erst, wenn er an der Aechtheit zweifle, Beweis fordern möge. Allein die beim Mangel gesetzlicher Bestimmungen und doctrineller Auslassung hier allein maßgebende Natur der Sache[b]) bestätigt, wie gezeigt ist und weil es eben regelmäßig an „Erkenntnißgründen" fehlen wird, die entgegengesetzte Meinung, und jener Mangel legislatorischer und doctrineller Bestimmungen dürfte von dem gedachten höchsten Gerichtshofe um so

a) S. dessen Archiv Bd. 9 Nr. 344.
b) Vergl. Bayer, Proc. §. 8. Aufl. 8.

weniger als Entscheidungsgrund mit Beifall Rechtens angeführt worden sei, als der Eingangs dieser Abhandlung (S. 87) angegebene Umstand, daß überhaupt Legislation und Doctrin sich um den Beweis fremder Rechte so wenig bekümmerten, diesen Mangel erklärt.

Die Form der fremden Urkunden richtet sich freilich nach den Regeln des Orts, wo sie entstanden sind, wenn sie indeß den am Proceßorte desfalls bestehenden Vorschriften nicht entsprechen, so wird der Producent seinen Beweis darauf zu richten haben, daß sie nach den Bestimmungen des Ausstellungsorts als beweistüchtig anzusehen sind.

Wir haben schließlich hier noch nachzuholen, was wir bereits über die s. g. „Pareres" auseinanderzusetzen oben (S. 78) versprachen:

Gewisse Gewohnheitsrechte giebt es, die sich nicht auf Jedermanns Verhältnisse, sondern nur auf einen einzelnen Stand, auf einzelne Classen der Staatsbürger beziehen, und deßhalb den nicht dazu Gehörigen unbekannt bleiben. Unter diesen Rechten zeichnen sich die s. g. Handelsusancen aus, über welche man nur von solchen Personen Auskunft erwarten kann, welche entweder Kaufleute oder doch als deren Hülfspersonal anzusehen sind, indem sie ein auf Beförderung des Handels abzielendes Gewerbe treiben, wie z. B. Makler, Assecuradeurs, Schiffer, Frachtfahrer[a]) u. s. w. Beim Mangel des Interesse auf Seiten anderer Personen, auf deren Verhältnisse sich jene Usancen nicht beziehen, und bei der großen Verschiedenheit dieser durch Localbedürfnisse sich bald so, bald so gestaltenden Normen kann sich ein Richter ex officio wohl keine Kenntniß der selbst nur in seinem Lande bestehenden Usancen verschaffen, so daß es schon im Reichsschlusse von 1671 heißt: „Es

a) Vergl. Thöl, Handelsrecht, S. 16 Bd. I.

solle auch von den Obrigkeiten und Unterrichtern ehe und bevor die Apellations- und Mandatsprocesse erkannt werden, wie nicht weniger vor Eröffnung der Urtheil verständiger Kaufleute Gutachten circa factum mercantile vernommen und nachgehends der höchsten Tribunalien arbitrio anheim gegeben werden". Diese schriftlich oder mündlich von den Kaufleuten abgegebenen Aussprüche nennen wir „Pareres". Will sich Jemand ihrer zum Beweise fremder Usancen bedienen, so läßt sich annehmen, daß er, zur Ersparung der mit Sistirung der Deponenten am Proceßgerichte verbundenen großen Kosten, regelmäßig dem Richter schriftliche Pareres vorlegen wird[a]). Mit Rücksicht hierauf reden wir von ihnen denn auch nicht bei Gelegenheit des Beweises durch Sachverständige oder Zeugen, sondern des Urkundenbeweises[b]).

Nach diesen Vorbemerkungen wenden wir uns zur Beantwortung der Frage, welche die Erforderniße der Beweiskraft von Pareres sind, und wonach ihr Werth zu beurtheilen ist.

In der ersten Beziehung ist zu bemerken:

1) Es muß außer Zweifel sein, daß die Verfasser zu denjenigen Personen gehören, welche wir oben zum Handelsstande gerechnet haben[c]).

2) Dieselben müssen ihre Angaben eidlich erhärten, es wäre denn, daß sie ein für alle Mal beeidigt wären, so jedoch, daß sich ihr Eid auf künftige Abgabe von Pareres mit bezöge.

---

a) Sofern sie einen Ausspruch über das Bestehen einer Usance enthalten, sind sie Gutachten, sofern sie zur Motivirung Thatsachen enthalten, Zeugnisse.

b) Auch in dem Falle, da Jemand durch beglaubigte Abschrift eines über die vor dem ausländischen Richter erfolgte Vernehmung von Kaufleuten ꝛc. aufgenommenen Protocolls oder selbst das Original Beweis unternimmt, liegt Urkundenbeweis vor.

c) Handelt es sich um rein locales Recht, so müssen die Auskunftspersonen dem Handelsstande des betr. Orts angehören oder angehört haben.

3) Sie müssen sich über den Grund ihres Wissens gehörig aussprechen.

Treffen diese Erfordernisse zu, so haben die Pareres besonderes Ansehen, eben weil sie von Leuten herrühren, denen ihr täglicher Beruf Gelegenheit und Nothwendigkeit zuführt, sich um die Rechtsgewohnheiten ihres Standes zu bekümmern.

Bei der Beurtheilung ihres Werths ist auf die Zahl der Verfasser der producirten Pareres, ferner auf deren Persönlichkeit, Stellung und namentlich auf die Begründung der Angaben zu sehen. Es kann daher behauptet werden, daß ein einziges Parere einer ganzen Handelskammer ebensowohl vollen Beweis machen kann, als dieses unter Umständen von dem Attest eines gewöhnlichen Gerichts angenommen werden darf. Rührte es dagegen von, selbst eidlich vernommenen, Privatleuten her, so müssen wohl immer mehrere verlangt werden. Als allgemeine Regel ist festzuhalten, daß die Autorität aller Pareres vom Richter zu bestimmen ist, dieselben den letztern daher an und für sich niemals verbinden, nach ihrem Inhalte sein Urtheil abzugeben [a]).

§. 8.

Für den Beweis fremder Gesetze wird von der größten Wichtigkeit die Beantwortung der Frage, ob derjenige, welcher sich auf ein fremdes Gesetz beruft, dem Richter nothwendigerweise den Text desselben vorlegen muß, so daß die Führung des Beweises auf andere Weise gar nicht möglich sein würde? Bedeutende Autoritäten haben diese Frage bejahet, wobei etwa folgende Argumente angeführt worden sind [b]): Es gebe keinen andern Beweis, der den Richter so vollständig von dem, was dargethan werden solle, über-

---

a) Vergl. v. Martens, Handelsrecht §. 38. Mittermaier, deutsch. Priv. Recht §. 25 III. Glück und Geiger, Rechtsfälle Thl. 3 Nr. 39.

b) Vergl. Mittermaier im Archiv Bd. 18 S. 76 ff.

zeuge, insonderheit bleibe der Zeugenbeweis immer unsicher und trügerisch. Unzweifelhaft stehe ferner dem Richter das Recht der Interpretation des fremden Gesetzes zu, und da es bei der Auslegung wesentlich darauf ankomme, die Worte des Textes vor Augen zu haben und alle Ausdrücke zu vergleichen, so ergebe sich hieraus von selbst das Recht des Richters, die Vorlage des Textes zu verlangen, um so mehr, als eine solche sich leicht beschaffen lasse.

Diese Argumentation mögen wir als eine richtige überall nicht betrachten.

Deßhalb allein, weil ein Beweismittel überzeugendere Momente liefert als ein anderes, darf man letzteres noch nicht verwerfen. Niemand wird leugnen, daß ein urkundlich errichtetes Rechtsgeschäft in der Regel durch Eidesdelation oder Zeugen bewiesen werden kann, obwohl es einleuchtet, daß ein vollständigerer, den Richter besser überzeugender Beweis durch Vorlage der Contractsurkunde erreicht wird.

Es schreibt auch kein Gesetz für den Beweis eines fremden gesetzlichen Rechts die Production des Textes vor, und aus der Natur der Sache ergiebt sich deren Nothwendigkeit ebensowenig. Mit demselben Rechte, womit wir den Inhalt einer verloren gegangenen schriftlichen Disposition einer Privatperson (Testaments, Contracts u. s. w.) durch Zeugen[a]) constatiren lassen, müssen wir dieses auch in Bezug auf den Inhalt von Gesetzen gestatten, wobei es wohl kaum der Bemerkung bedarf, daß Urkunden der erstgedachten Art oft eben so schwer zu interpretiren sind als Gesetze, und daß dem Richter in Ansehung beider ein ganz gleiches Interpretationsrecht zusteht[b]). Daß die Vorlage des Textes sich stets

a) D. h. solche, welche sie gelesen haben.

b) „Das gesetzliche Recht", sagt Puchta, Pand. §. 15 i. A. „ist vorzugsweise ein geschriebenes, indem die Schrift ein Erforderniß seiner Ent-

leicht beschaffen läßt, ist, in dieser Allgemeinheit ausgesprochen, eine durch die von keinem Praktiker zu leugnende Thatsache zu widerlegende Behauptung, daß der Beweisführer mitunter sich trotz aller Mühe nicht einst eine beglaubigte Abschrift eines fremden Gesetzes zu verschaffen im Stande ist, namentlich, wo es sich um alte Gesetze handelt, von denen man zwar noch den Inhalt kennt, der Text aber weder im Original noch in einer Copie existirt[a]).

Die Juristen, welche insonderheit keine Zeugen[b]) zulassen

„stehung ist. Daher sind Urkunden seine vornehmste Erkenntnißquelle, obwohl nicht die einzige", u. s. w.

a) In einem dem Verfasser in seiner gerichtlichen Praxis vorgekommenen Falle hatte sich Jemand vor einem Hannoverschen Gerichte auf ein vom Erzbischofe Gerhard III. von Bremen angeblich im 15. Jahrhunderte erlassenes, die Erbfolge regulirendes Gesetz berufen, dessen Inhalt die bewährtesten Geschichtsschreiber auszugsweise referiren. Beim Leugnen des Gegners sollte der Allegant dieses Gesetz beweisen, die Stadtbremischen Behörden erklärten indeß, auf sein Gesuch um Edition des Originaltextes oder einer beglaubigten Abschrift desselben, daß man danach vergeblich das Archiv durchsucht, indeß keine Spur des Textes von jenem Gesetze, an dessen wirklichem Erlaß man gar nicht zweifle, habe entdecken können. — Dieser Fall ereignete sich in zwei deutschen Nachbarstaaten, wie viel eher ist er denkbar unter entfernten, weniger civilisirten!

b) Die Deponenten dürften auch hier, wie beim Gewohnheitsrechte, nicht ausschließlich als Zeugen zu benenneu sein. Wir würden sie lieber auch hier „Auskunftspersonen" nennen, weil sie nicht lediglich referiren, sondern zugleich auch urtheilen. Sie müssen, bevor sie deponiren, den Sinn und die Bedeutung der mit den Augen erfaßten Schriftzeichen erst überdenken und durch ihr Urtheil bei sich feststellen; und namentlich wird es nicht zu bezweifeln sein, daß sie in der Rolle von Sachverständigen erscheinen, wo es sich um dunkle, schwer verständliche Gesetze handelt. Andererseits befindet sich derjenige, der über Gelesenes Mittheilung machen soll, in ähnlicher Lage wie der, welcher über angehörte mündliche Aeußerungen aussagt, und wird daher mit gleichem Grunde als Zeuge bezeichnet. Denn die Schrift ersetzt die mündliche Erklärung, beide dienen zur Mittheilung der Gedanken, nur das Organ ist verschieden, womit diese geäußert und aufgefaßt werden. Ueberhaupt können Zeugen und Sachverständige gar nicht immer genau unterschieden werden, ihre Aussagen liegen oft auf der Grenze von Zeugnissen und Gutachten, weßhalb auch ältere Gesetze Sachverständige als Zeugen bezeichnen und in Ansehung beider dieselben Bestimmungen enthalten. S. Archiv. Band 2 S. 120 und 122. Schneider l. c. §. 177. Magazin für Hannov. Recht Bd. 3 S. 274.

wollen, gehen dabei von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus. Sie stützen sich darauf, daß es sich nicht um Thatsachen handle, welche man mit Sinnen wahrnehme, sondern um etwas, von dem sich nur mit wissenschaftlichen Kenntnissen versehene Personen vergewissern können, weßhalb überall nicht zu erwarten stehe, daß gewöhnliche Menschen einen Gesetzestext richtig verstehen und im Gedächtnisse werden aufbewahren können.

Wider die angebliche Unfähigkeit der richtigen Auffassung wollen wir nur daran erinnern, daß unsere Gesetze selbst vom Gegentheile ausgehen, denn indem sie verlangen, daß Jedermann seine Handlungen dem Inhalte der Gesetze streng conformire [a]), setzen sie doch offenbar voraus, daß auch der gemeine Mann wissen und durch Lesen der Gesetze erkennen kann, was sie wollen und nicht wollen. Leider! fehlt es nicht an solchen, deren Auslegung wegen dunkler Fassung selbst dem Juristen von Profession Schwierigkeiten macht, allein die Fassung derselben ist keine gehörige, ordnungsgemäße, und sie bilden im Vergleiche zu der größern Anzahl der leichter verständlichen eine Ausnahme.

Mögen ferner auch nicht eben häufig Personen gefunden werden, welche einen gelesenen längern Gesetzestext wiedergeben können, so läßt sich doch nicht zweifeln, daß gar manche im Stande sind, den Inhalt kürzerer Gesetze mit solcher Bestimmtheit — wenn auch nicht Wort für Wort [b]) — zu referiren, daß der Richter von der ratio und dispositio der Bestimmung, auf die es ihm ankommt, genügend unterrichtet wird. Sind die Auskunftspersonen Juristen von Profession, oder haben sie vielleicht als ständische Abgeordnete

---

a) Conf. L. 9 C. de leg. L. 12 C. 1. 18. „Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.“

b) Auf diese kommt es auch gar nicht an, so wenig als man verlangt, daß der wörtliche Inhalt abhanden gekommener Vertragsurkunden, Testamente &c. referirt wird.

zum Entstehen des Gesetzes selbst mitgewirkt, so wird eine Belehrung des Richters durch ihre Aussagen noch leichter möglich; aber dieses wird auch bei andern Deponenten der Fall sein, wo es sich um Bestimmungen handelt, durch welche vorzugsweise ihr Privatinteresse berührt wird, so daß sich annehmen läßt, sie werden das Gesetz mit Eifer und Aufmerksamkeit studirt, es mehrfach gelesen und seinen Inhalt sich gehörig imprimirt haben. Von der Person des Deponenten, von seinem Gewissen hängt es ab, mit welcher Bestimmtheit er seine Aussagen einrichten will. Ob solche einen genügenden Beweis machen, ob namentlich schon durch die Depositionen zweier Zeugen solcher erbracht werden kann, bleibt eine reine nach den Umständen zu beurtheilende quaestio arbitrii judicialis, bei deren Entscheidung der Richter Persönlichkeit, Beruf, geistige Anlagen und Ausbildung des Deponenten berücksichtigen, ihn über den mehr oder weniger großen Umfang des gelesenen Textes befragen, alle zu ermittelnden den Act des Lesens begleitenden Umstände wohl in's Auge fassen, endlich auch erforschen wird, ob der Deponent die Gesetzesurkunde ein oder mehrere Male und zu welchem Zweck durchgelesen habe. Nicht weniger kommt in Betracht, wie lange die befragte Person im Auslande zugebracht hat, und ob es sich um ein Gesetz handelt, durch welches die Privatinteressen derselben besonders berührt wurden, oder welches in das tägliche Leben einschlägt[a]).

Wenn wir übrigens nicht verkennen, daß durch die Aussagen der über ein fremdes Gesetz abgehörten Auskunftspersonen immer-

---

a) Daß wir keinen Widerspruch begehen, wenn wir früher behaupteten, nur der könne über fremde Rechtssätze zuverlässige Kunde geben, der des gesammten Rechts eines fremden Landes erfahren sei, und wenn wir andererseits hier die Möglichkeit einer Beweisführung durch die Aussprüche gewöhnlicher Menschen annehmen, ergiebt eine Erwägung des in den Schlußworten der Note a auf S. 89 Gesagten, sowie der Umstand, daß hier nicht von der Erfahrung eines Einzelnen die Rede ist.

hin der Grund zu Irrthümern und unrichtigen Urtheilen gelegt werden kann, so ist dagegen auch zu erwägen, daß dergleichen ebensogut vorkommt, wenn sonst Jemand unbedachtsam etwas einbezeugt, oder ein Sachverständiger sonst ein bestimmt lautendes Gutachten in höchst zweifelhaften Sachen abgiebt.

§. 9.

Wählt der Producent zur Beweisführung die Vorlegung des Originaltextes, so muß dessen Aechtheit vollkommen außer Zweifel gesetzt sein. Es können ja, selbst in officieller Form, Gesetzestexte von Privatleuten verfertigt sein, worin sich absichtlich oder aus Versehen eingefügte Fehler befinden, welches erstere um so eher möglich wird, als die Buchdruckerkunst die Sache erleichtert. Deßhalb verlangen die Praktiker, daß der Producent mittelst eines öffentlichen Attestats nachweise, wie in der fraglichen Urkunde das gegenwärtig und gerade an dem in Rede stehenden Orte geltende Recht enthalten sei. Dieses dürfte nach dem, was wir im 6. §. ausgeführt haben, zu weit gegangen sein, es wird vielmehr genügen, wenn unter öffentlicher Autorität bekundet ist, daß der fragliche Text wörtlich mit dem des offiziellen Gesetzexemplars übereinstimme oder dieser selbst sei. Von selbst versteht sich dabei, daß auch hier das über die Competenz der ausfertigenden Behörde und die Legalisation im §. 7 Vorgetragene seine Anwendung findet.

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung (und ist gewissermaßen schon angedeutet), daß es der Production des Originaltextes nicht bedarf, sondern auch beglaubigte Abschriften genügen[a]). Eine andere Frage ist, ob auch **andere Urkunden**

a) Conf. c. 16 X 2. 22. Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam justam causam exemplari petantur, coram ordinario ju-

als der Text des Gesetzes beweistüchtig sind? Wir nehmen keinen Anstand diese Frage zu bejahen in Ansehung solcher Atteste[a]) ausländischer Gerichte und Behörden, welche mit Bestimmtheit und Deutlichkeit Dasein und Inhalt einer zu beweisenden gesetzlichen Bestimmung ergeben, ebenso auch in Ansehung von Urtheilen und überhaupt Verfügungen ausländischer Behörden über die in ihr Ressort einschlagenden Gegenstände, vorausgesetzt, daß des zu constatirenden gesetzlichen Rechts darin so genau und bestimmt Erwähnung geschieht, daß der Richter es daraus, soweit es darauf ankommt, entnehmen kann. In solchem Falle hat das, was die fremde Behörde in der Verfügung anführt, den Character eines Zeugnisses und Gutachtens, die Behörde referirt, was sie durch Lesung des Gesetztextes in Erfahrung gebracht hat, sie giebt ein Urtheil über dessen Bedeutung und Anwendung. Es ist ähnlich, als wenn eine Privatperson Auskunft ertheilt, nur darf man nicht vergessen, daß der Ausspruch einer Behörde viel mehr Autorität hat, weil er von Personen herrührt, die sich des öffentlichen Zeugnisses der Gesetzeskunde erfreuen und solche zu vervollständigen vermöge ihres Amts Gelegenheit haben und angewiesen sind.

§. 10.

Die größte Schwierigkeit in der Lehre von den zum Beweise fremder Gesetze geeigneten Beweismitteln macht unstreitig die Frage wegen Zulässigkeit des Eides, den die Meisten ganz verwerfen.

---

dice vel delegato ab eo specialiter praesententur, qui, si ea diligenter inspecta in nulla sua parte vitiata repererit, per publicam personam praecipiat exemplari, eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura. L. 57 D. 26. 7. L. 11 C. 4. 21. Spangenberg, Urkundenbeweis Bd. 2 S. 11. 25. 69. Archiv Bd. 2 S. 102. Linde, Civilproceß §. 275, Note 5.

a) Vorausgesetzt, daß sie nur Dinge betreffen, die in den Geschäftskreis der attestirenden Behörden gehören.

Es lassen sich allerdings Gründe dafür und dawider vorbringen, so daß die Entscheidung schwer wird.

Nicht das von Mittermaier[a]) angezogene Argument, „daß „ein anderer Beweis, der den Richter weit mehr sichert, und ihm „den Text des Gesetzes rein vorlegt, möglich ist, und es Grundsatz „sein muß, dem Richter den besten möglichen Beweis vorzulegen", ist es, was bedenklich machen könnte[b]), sondern die Erwägung, daß es sich offenbar um etwas handelt, was nicht Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung, sondern das Resultat dieser und zugleich mehr oder weniger damit verbundener Reflexionen ist, — daß es ferner inconsequent erscheinen kann, dem Richter die Feststellung des fremden gesetzlichen Rechts aus den früher[c]) angegebenen Gründen nicht zutrauen, dagegen dieselbe der in den meisten Fällen wohl nicht juristisch gebildeten, obendrein noch im hohen Grade interessirten Partei gestatten wollen, wobei auch noch das Bedenkliche eines darüber zu schwörenden Eides Beachtung verdienen dürfte.

Dagegen wird von der andern Seite eingewandt, das Dasein des Gesetzes sei ein factum, von dem Jedermann, dessen Interessen dadurch berührt werden, vorzugsweise also die Partei, von der oder wider die es im Processe geltend gemacht werde, Wissenschaft haben könne und müsse, wobei es auf die Schwierigkeit, solche zu erlangen, nicht ankomme, — daß man mit demselben Rechte, mit welchem man die s. g. Auskunftspersonen darüber schwören lasse, auch der Partei den Eid gestatten könne, indem auch hier nicht, wie beim Gewohnheitsrechte (vergl. oben S. 79) der Umstand entgegenstehe[d]), daß der gemeine Mann die Momente nicht kenne,

---

a) S. Archiv Bd. 18 S. 80.

b) Die Widerlegung dieses Raisonnements enthält §. 8.

c) Vergl. S. 104, Note a und S. 89 f.

d) Aehnlich urtheilt die Hannöv. bürgerl. Proc. Ordnung von 1850, §. 278.

auf die es bei Constatirung von rechtsverbindlichen Gewohnheiten ankomme, und indem andererseits auch der etwa zu opponirende Umstand, daß der Eid der Partei die Sache unbedingt, der von einer Auskunftsperson zu schwörende aber nur unter der Voraussetzung des Hinzukommens anderer Beweismomente die Sache entscheide, hierbei geringes Gewicht habe, weil der Deferent sich über die nachtheiligen Folgen eines von ihm selbst gewählten gefährlichen Beweismittels nicht beschweren dürfe[a]), während der Delat nicht gezwungen sei, den Eid anzunehmen[b]), überhaupt aber endlich die Sache nicht anders liege, als wenn sonst Jemand einen Eid über eine Thatsache schwören wolle, den er anscheinend mit gutem Gewissen nicht leisten könne, und wo denn doch der Ausgang der Sache von seiner Gewissenhaftigkeit abhängig gemacht werde[c]).

Alle diese Argumente und Gegenargumente kommen begreiflich auch für den nothwendigen Eid in Betracht, ja letztere wohl noch mehr, weil das Suppletorium oder Purgatorium doch schon einige Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit dessen voraussetzen, was beschworen werden soll.

Uebrigens müssen wir bekennen, daß uns aus der Praxis kein Fall bekannt geworden ist, in welchem von einer Partei über Dasein oder Inhalt eines fremden Gesetzes geschworen worden wäre.

---

a) S. Lotz im Archiv Bd. 1 S. 302.

b) Er kann ihn allerdings referiren, oder die Gewissensvertretung wählen, die hier häufig so schwer nicht sein dürfte.

c) Vergl. Schneider, Lehre v. Beweise S. 524. Lotz, im Archiv Bd. I, S. 302.

IV.

Von Beweisauflagen über irrelevante Thatsachen.

§. 1.

Was in einem speciellen Falle als relevant anzusehen ist, muß nach den jedesmaligen Umständen unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Civilrechts über das Fundament einer Klage, Einrede u. s. w. bestimmt werden. Bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der vorkommenden Rechtssachen läßt sich begreiflich hier keine allgemeine Regel aufstellen. Man darf übrigens nicht, wie es wohl geschehen ist, glauben, daß nur dasjenige relevant sei, was sich auf die Hauptsache bezieht, denn sofern durch das Urtheil alle, auch die Nebenpunkte entschieden werden sollen, versteht sich von selbst, daß eine Thatsache, welche von Einfluß auf die Entscheidung der letzteren ist, ebensogut als relevante anzusehen, mithin, falls sie noch ungewiß ist, zum Gegenstand eines Beweises werden kann.

§. 2.

Hätten auch unsere Gesetze die Führung irrelevanter Thatsachen nicht mit einem ausdrücklichen Verbote bedacht, so würde sich an der Unzulässigkeit solcher Beweise doch um innerer Gründe willen nicht zweifeln lassen. Dinge, von denen gar kein Nutzen

für die Entscheidung zu erwarten ist, in ein gerichtliches Verfahren ziehen und mit der Verhandlung über dieselben Zeit, Mühe und Kosten verschwenden, läge von einer wahren Gerechtigkeitspflege eben so fern, als es das Ansehen des Richters und die Würde des Gerichtsverfahrens untergraben würde. Den streitenden Theilen würde materielles Unrecht dadurch zugefügt, weil der Ausgang des Processes von dem Beweise solcher Thatsachen abhängig sein würde, an welche die Gesetze durchaus die Geltung der erhobenen An- und Gegenansprüche nicht geknüpft haben.

Hat trotzdem aber ein Richter auf irrelevante Thatsachen verkehrterweise interloquirt, so steht den Parteien nur frei, zeitig durch Rechtsmittel dagegen Abhülfe zu suchen, denn ist das Interlocut intra decendium nicht angefochten, so tritt es in die Rechtskraft, die Erbringung des freilich irrelevanten Beweises ist eben so nothwendig, als wenn derselbe zulässigerweise wäre gefordert worden.

§. 3.

Die Richtigkeit dieser unserer Behauptung ist von bewährten Theoretikern bestritten, und auch eine constante gemeinrechtliche Praxis dürfte für die eine oder andere Ansicht sich nicht behaupten lassen[a]) Die von unsern Gegnern angeführten Argumente erfordern daher eine genauere Beleuchtung. Man pflegt nämlich zu sagen:

1. Wenn von einer zum Beweise verstellten Thatsache der Ausgang der Sache aus innern Gründen nicht abhängig sein kann, so macht es in Wirklichkeit keinen Effect, wenn auch ein solcher geführt ist, denn dem Willen der Gesetze gemäß siegt in solchem Falle der Producent nicht, weil er bewiesen hat, sondern aus den

---

a) Vergl. das v. Seuffert in Bd. V. Nr. 317 mitgetheilte Erkenntniß des Ob.-Appell.-Ger. in Jena.

rechtlich anerkannten Gründen. Deßhalb kann auch kein Hinderniß vorhanden sein, im Falle des nicht erbrachten irrelevanten Beweises die Auflage desselben ganz außer Acht zu lassen, und zu entscheiden, wie wenn gar nicht interloquirt wäre;

2. Wenn man dagegen einer irrelevanten Thatsache bloß, weil der Richter sie für relevant erklärt hat, einen ihr nach dem Sinne unserer Rechte und der Natur der Sache überall nicht zukommenden Einfluß auf den Ausgang des Streits beilegen will, so stellt man den Richter über das Recht, und trägt dem formellen Rechte auf Kosten des materiellen Rechnung, während doch letzteres die Hauptsache bleibt, um deren wegen jenes überhaupt nur nöthig wird;

3. Dadurch wird aber auch dem Richter selbst eine Unbill zugefügt, der sich mit Instruction von Proceßhandlungen behuf Erbringung solcher Beweise befassen soll, von denen er einsieht, daß er selbst oder ein Vorgänger im Dienste aus Versehen sie gefordert hat, und dem man ansinnt, die Partei, welche einen im Widerspruche mit dem materiellen Recht auferlegten Beweis nicht erbringt, bloß dieserhalb für sachfällig zu erklären.

4. Ganz hiervon abgesehen hat man sich noch auf den Ausspruch unserer Gesetze berufen, und c. 12 in VI. 2. 15[a]) sowohl, als den §. 50 des jüngsten Reichsabschieds[b]) angezogen, behauptend, daß nach der allegirten Stelle des Canons auch das eine ex-

a) ,,Licet ab interlocutoria (per quam pacti vel praescriptionis, aut alia, principali negotio praejudicans, vel judicium nullum reddens exceptio est repulsa) non fuerit appellatum: si tamen a definitiva (quae postmodum, etiam ultra decendium, promulgatur) appellari contingat; potest in appellationis causa ipsum gravamen per interlocutoriam eandem illatum licite per appellationis judicem emendari'' etc.

b) „Den punctum probationum betreffend, solle ab probandum nichts zugelassen, oder von der Parthey zu probiren unternommen werden, was impertinent, vnnohtwendig, und worüber die Partheyen in facto nicht discrepiren oder streitig seynd" ꝛc.

ceptio principali negotio praejudicans, vel judicium nullum reddens zurückweisende Interlocut nach Ablauf der zur Anfechtung gesetzten Frist abgeändert werden dürfe, in Gemäßheit des eine absolut gebietende Regel enthaltenden reichsgesetzlichen §. 50 aber von einer Rechtskraft des gegen dieses Verbot sich verstoßenden Beweisurtheils niemals die Rede sein könne.

§. 4.

Groß scheint auf den ersten Blick das Gewicht dieser Argumente, allein sie halten eine nähere Prüfung nicht aus.

Will man überhaupt durch die richterlichen Urtheile erreichen, daß den Rechtswirren ein Ziel gesetzt und die Processe nicht endlos werden, so muß es einen Punkt geben, über welchen hinaus Verfügungen, welche keine einfach proceßleitende sind, nicht mehr abgeändert werden dürfen[a]). Zu den bloß proceßleitenden Decreten gehören aber, wie wir in der Einleitung nachgewiesen haben, unsere Beweisurtheile nicht, sie sind vielmehr bedingte Enderkenntnisse, welche nur in Folge zeitig dagegen gebrauchter Rechtsmittel beseitigt werden können[b]). Hieraus ergiebt sich denn

einmal, daß die Rücksichten auf die Parteien nicht weiter in Betracht kommen können, wenn sie die zeitige Anfechtung der auf Irrelevantes gerichteten Beweisauflagen versäumten, indem sie hier selbstverschuldeten Nachtheil erleiden[c]), und ferner, daß die

---

a) Vergl. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 99. v. Almendingen, Metaphysik des Civilprocesses Nr. IV. S. 54.

b) Interlocutorisch bestimmen, was relevant sei, heißt demnach den Ausgang des Rechtsstreits selbst entscheiden, nur daß es noch auf Bewahrheitung des als relevant Bezeichneten ankommt. — Vergl. darüber Claproth l. c. II. §. 214 und die von ihm citirten Lehrer der Reichsgerichts-Praxis: Hofmann, Reichspraxis T. 1 §. 424, Note f. §. 448. Cramer, obs. jur. univ. T. 1 obs. 248 p. 565. Estor, Anfangsgründe des gem. und Reichsproc. T. 1 §. 1281.

c) Die Gesetze selbst nehmen an, daß sie durch Unterlassung der zeitigen

Parteien, im Falle sie mit der Anfechtung nicht durchdringen, wenigstens nicht schlimmer daran sind, als wenn sie materielles Unrecht durch vergeblich mit Rechtsmitteln angefochtene Endurtheile zu dulden haben[a]);

sodann auch, daß die Lage des Richters hier nicht mehr Rücksicht verdient, als wenn er sonst unrichtige Erkenntnisse, welche die Rechtskraft beschritten haben, zur Ausführung bringen muß.

Wie die meisten Sätze des Proceßrechts dem öffentlichen Rechte angehören[b]), so ist namentlich die Bestimmung der Rechtskraft materiell unrichtiger Urtheile mit Rücksicht auf das jus publicum gegeben, da der Nachtheil, der in einzelnen Fällen daraus sich ergeben mag, noch lange nicht so groß ist als das Unheil einer ewigen Dauer der Processe[c]).

Soviel nun endlich noch die Gesetzstellen betrifft, auf welche sich unsere Gegner berufen, so kann die citirte Bestimmung in c. 12 in VI. 2. 15. aus dem doppelten Grunde nichts beweisen, weil hier nur von Einreden gesprochen wird, die unbeachtet gelas-

---

Anfechtung ihre Zufriedenheit mit dem Urtheile zu erkennen gegeben haben. L. 4 in f. C. 7. 46. Quum igitur is, qui postea judicabat, contra te certam sententiam protulerit, neque a statutis provocaveris, ipse tuo facto confirmasti judicatum. L. 5 C. 7. 52. Ad solutionem dilationem petentem acquievisse sententiae manifeste probatur, sicut eum, qui quolibet modo sententiae acquieverit. Nec enim instaurari finita judicatarum patitur auctoritas. L. 7 C. 7. 62. Hi, qui ad civilia munera, vel decurionatum, vel honores evocantur, licet vacationem a principibus acceperint, si appellationis auxilio non utantur, consensu suo nominationem confirmant etc. c. 13. 15 X 2. 27.

a) Vergl. v. Bülow und Hagemann VI. Erört. 37.

b) L. 13. C. 6. 23. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa. Non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri publico derogare permissum est. Arndt's jur. Encyclopädie §. 75. ff.

c) L. 2 C. 7. 52. Res judicatae si sub praetextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis. Die rechtskräftige Entscheidung bildet das „concrete Gesetz" in Ansehung des entschiedenen Rechtsverhältnisses. Vergl. Martin l. c. §. 113, c. Batz, verm. Abhandl. 1822. S. 151.

sen oder verworfen wurden[a]), und weil dem canonischen Rechte das Beweisurtheil, wie wir es gegenwärtig haben, überhaupt unbekannt war[b]). Der §. 50 des j. R. A. handelt gar nicht von Beweisinterlocuten, sondern von freiwillig übernommenen Beweisen[c]), wäre dem aber auch nicht so, immer würde doch in der Nichtbeachtung seiner Anordnung keine unheilbare Nichtigkeit liegen, weil hier nichts vorliegt, was mit der Person des Richters oder der Partei, noch mit den »substantialibus processus« zusammenhängt[d]).

---

a) Vergl. Gensler im Archiv Bd. I. 368.

b) Vergl. die Erörterung in §. 7. der Einleitung. S. auch Bayer l. c. S. 747, 2 a. E. Aufl. 8.

c) Daß dabei nicht an Beweisinterlocute gedacht wurde, geht aus unserer Darstellung in §. 7 der Einleitung, imgleichen aus den von Neurode, pragm. Erläuterung des j. R. A. S. 160 ff. beschriebenen Verhältnissen und den von ihm angeführten Calenberg'schen, Braunschweig'schen und andern Votis hervor. Vergl. noch Bayer l. c. S. 749. Planck l. c. S. 194—198.

d) Vergl. §. 122 des j. R. A. Bayer, 1089, Aufl. 8.

V.

Vom Geständnisse.

§. 1.

Die Lehre vom Geständnisse bietet viele Schwierigkeiten, weil es uns an zureichenden gesetzlichen Bestimmungen fehlt. Wir können hier meistens — selbst wenn wir die positiven Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts nicht für abrogirt halten[a]) — nur aus der Natur der Sache argumentiren. Dieses zur vorläufigen Rechtfertigung, wenn wir uns so vielfach auf letztere berufen werden.

§. 2.

Als Geständniß bezeichnen wir im Allgemeinen die Aeußerung einer Partei, aus welcher sich entnehmen läßt, daß in Ansehung einer dadurch bewährten Behauptung einer andern Partei Uebereinstimmung zwischen beiden vorhanden ist[b]).

---

a) Die Abrogation behauptet Bethmann=Hollweg, Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses, wo es S. 301 heißt: „Ich glaube, daß wir durch das historisch Gegebene in dieser Lehre durchaus nicht gebunden, also nur auf die Natur der Sache gewiesen sind .... Die eigentliche Quelle unsers heutigen Rechts, die eigentliche Entscheidungsnorm sind nur die Principien, welche unter Voraussetzung der positiven Gestalt unsers Civilprocesses mit innerer Nothwendigkeit entwickelt werden können." — Vergl. Weber l. c. IV, 5.

b) Vergl. übrigens §. 6 a. E.

Das im Laufe eines Processes über einen in demselben in Betracht kommenden Umstand erfolgende Geständniß wird ein gerichtliches genannt, d. h. ein in dem zur Verhandlung vorliegenden Rechtsstreite vor dem zu dessen Instruction und Entscheidung bestellten Richter sich äußerndes; jedes außerhalb solchen Rechtsstreits — einerlei, ob vor einem Richter oder nicht — erfolgende heißt ein außergerichtliches. (c. 4 X 2. 1.)

Von jedem wollen wir besonders handeln.

I. Vom gerichtlichen Geständnisse.

§. 3.

Schon der im römischen Rechte sich findende Ausdruck »confessio« weiset darauf hin, daß sich beide Parteien geäußert haben müssen, bevor von einem (vollendeten) Geständnisse die Rede sein kann. Eine Partei allein kann zwar fateri, aber nicht confiteri.

Indeß denken hierüber manche Juristen anders. Eine bedeutende Autorität[a]) stellt die Behauptung auf, daß es mit der Aeußerung einer Partei, wenn ihr dieselbe nachtheilig werden könne, genug sei, man dürfe vermuthen, daß die andere nicht so thörig sein werde, dergleichen ihr günstige Erklärungen der Gegenpartei zu bestreiten. Gleichwohl muß dieselbe Autorität gleich nach Aufstellung dieser Behauptung zugeben, daß es dennoch anders sein könne. In der That muß die Annahme solcher beifälligen, nicht ausgesprochenen Erklärung für eine den Rechten zuwider laufende gehalten werden; ein derartiges Suppliren eines Parteienvortrags verbietet die Verhandlungsmaxime, welche nicht will, daß der Richter einer Partei etwas in den Mund lege, was sie gar

---

a) Bethmann-Hollweg l. c. S. 259.

nicht gesagt hat, folglich vom Richter auch nicht in Betracht zu ziehen ist. (Vergl. unten §. 10, IV.)

Uebrigens ist keineswegs erforderlich, daß die Partei, welche von einem Geständnisse Gebrauch machen will, darauf hinweise, wie zwischen ihr und der Gegenpartei Uebereinstimmung bezüglich des durch das Geständniß berührten Punktes vorliege, es reicht vielmehr hin, wenn sie nur überhaupt eine der gegnerischen correspondirende Aeußerung, sei es vor oder nach Abgabe der erstern, gethan hat[a]), denn immer liegen dann zwei in Ansehung desselben Punkts harmonirende Parteienerklärungen vor, woraus dem Richter die Ueberzeugung erwächst, daß in Betreff dieses Punktes die Parteien unter sich einig sind. Die Aeußerung einer Partei kann demnach eine die Grundlage des Geständnisses bildende, das Geständniß beginnende, oder eine das Geständniß zum vollendeten erhebende sein.

§. 4.

Viele Juristen rechnen das gerichtliche Geständniß zu den Beweismitteln[b]). Die Unrichtigkeit solcher Ansicht liegt schon in dem Gesagten angedeutet, sie soll indeß durch das Nachfolgende noch klarer nachgewiesen werden. Wir wollen zu dem Ende das Geständniß in drei Proceßabschnitten betrachten, in denen es bis zum Endurtheile vorkommen kann.

1) Denken wir uns zunächst, das Geständniß erfolge vor der (durch Actenschluß anzuzeigenden) Beendigung des s. g. vorberei-

---

a) Nach Seuffert's Archiv, Bd. 8 Nr. 330 entschied sogar das Ober-Appell.-Ger. zu Lübeck: „Ein Geständniß, welches in dem Vorbringen zur Begründung der einen Einrede vorkomme, dürfe zur Beseitigung einer andern Einrede allerdings benutzt werden, ohne daß es darauf ankomme, ob der Kläger sich in seiner Replikschrift auf das fragliche Geständniß gestützt habe, sofern er nur allgemein auf Verwerfung der andern Einrede angetragen habe."

b) Vergl. die Einleitung §. 1 S. 3 sub 4.

tenden Verfahrens. Die Vorträge, welche die Parteien bis dahin halten, mithin auch die das Geständniß bildenden Aeußerungen als Theil derselben dienen dazu, dem Richter den s. g. status causae et controversiae klar zu machen. Erst wenn sie vollständig beendet sind, kann der Richter rechtlich Zweifel an der Richtigkeit der von einer Partei aufgestellten Behauptungen haben, weil er erst dann weiß, was bestritten, und überhaupt nur das Bestrittene für ihn ungewiß ist. So lange also juristisch keine Zweifel denkbar sind, können die ein Geständniß enthaltenden Aeußerungen der Parteien auch keine Mittel, Zweifel zu beseitigen, keine Beweismittel sein.

2) Aber, fragen wir weiter, wird das Geständniß nicht wenigstens dann als Beweismittel anzusehen sein, wenn es erfolgt, nachdem bereits Beweis auferlegt wurde, oder aber

3) in dem Falle, wo der Richter ein vorliegendes Geständniß übersehen, auf Beweis des durch dasselbe berührten Punkts erkannt und dieses Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat, nun aber sich der Beweisführer auf das actenmäßig vorliegende Geständniß beruft?

Wir verneinen auch diese beiden Fragen unbedenklich. In dem zuerst gedachten Falle ist nämlich die das Geständniß bewirkende Aeußerung eine Aenderung des frühern Vortrags, welche streng genommen hier nicht mehr zulässig sein müßte, ausnahmsweise aber noch jetzt Statt findet[a]), weil der Grund wegfällt, aus dem sonst derartige Aenderungen verboten sind, d. h. weil das Geständniß nur zum Nutzen des Beweisführers gereicht und zur Abkürzung des Processes im Interesse der Sache dient. Der durch das Geständniß berührte Punkt gilt jetzt juristisch so gut als gar

---

a) Vergl. Brakenhöft im Archiv für civil. Praxis Band 20 S. 409. b.

nicht zum Beweise verstellt[a]), darf mithin auch nicht als durch Geständniß bewiesen gedacht werden.

In dem andern Falle ist unrichtig procedirt, es muß indeß wegen Rechtskraft des Interlocuts dabei sein Bewenden haben.

Sollte sich nun später ein Richter durch den Hinweis auf den Umstand, daß gar kein Streit über den von ihm als streitig behandelten Punkt herrscht, bewogen finden[b]), denselben für gewiß anzusehen, so wäre doch immer eine Urkunde (der betr. Schriftsatz, das betr. Protocoll, welches das Geständniß enthält) das Mittel, durch dessen Anwendung jener den Zweifel des Richters hebende Umstand klar gestellt würde; nicht also erschiene hier das Geständniß als ein Beweismittel.

§. 5.

Was übereinstimmend von den Parteien für richtig anerkannt wird, gilt als juristische Wahrheit in dem betreffenden Processe. Diese juristische Gewißheit ist eine rein processualische Wirkung des Geständnisses, wie solches vortrefflich von Brakenhöft l. c. S. 270 ff. ausgeführt ist. Seine Ansicht ist aber keineswegs eine neue, denn schon Hellfeld sagt in seiner Jurisprudentia forensis §. 1146: »Si quis adversarii asserta pro veris agnoscit, ob utriusque partis consensum nullum existit dubium ideoque probatione non est opus«; ja! nicht nur nicht nöthig ist hier ein Beweis, sondern nach den Worten des j. R. A. §. 50 ganz unzulässig, denn es heißt daselbst: „Den punctum probationum betreffend, solle ad probandum nichts zugelassen oder von der Parthey zu probiren vnternommen werden, was impertinent, vnnohtwendig, vnd worüber die Parthe yen in facto nicht discrepiren oder streitig

a) L. 25 D. §. 2 in fine 9. 2.

b) Dieses wird durch das in der Mitte liegende Interlocut allein noch nicht unmöglich gemacht. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 208.

seynd.“ Statt des „impertinent“ würden wir h. z. T. „irrelevant“, statt dessen, „worüber die Partheyen“ u. s. w. „zugestanden“ gesagt haben. Hierin sehen wir, daß auch der j. R. A. den Grund, aus welchem das Gestandene kein Gegenstand des Beweises ist, in dem Nichtvorhandensein des „Discrepirens“ oder Streits, d. h. in der Uebereinstimmung der Parteien fand.

§. 6.

Gleichwohl suchen manche Processualisten den Grund der des Beweises überhebenden Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses in andern Momenten.

I. Einige leiten diese Wirkung aus einer dem Geständnisse innewohnenden Glaubwürdigkeit ab, welche man ihm deßhalb beilegen will, weil das, was eine Parthei zu ihrem eigenen Nachtheile als wahr anerkenne, erfahrungsmäßig keine Unwahrheit sei. Diese Juristen[a]) definiren denn auch das Geständniß als eine Aeußerung, welche der Partei, die sie abgegeben hat, zum Nachtheil gereicht. Gegen diese Ansicht streitet aber:

1) daß, wenn zwar jener Erfahrungssatz, dem zufolge Niemand im Widerspruch mit der Wahrheit etwas in Processen zum eigenen Nachtheile zu behaupten pflegt, häufig zutreffen mag, derselbe doch immer nur für eine praesumtio hominis sich eignet, da kein Gesetz seine Zuverlässigkeit anerkennt;[b])

---

a) Vergl. Weber l. c. S. IV. 1—3. — Puchta, Pand. §. 98. Bayer l. c. S. 692, 2, S. 791. Aufl. 8. — Gensler im Archiv Bd. I. S. 42. — Schneider l. c. p. 454. Bethmann-Hollweg S. 257.

b) Gesetzliche Bestimmungen, die man für die von uns bekämpfte Ansicht anzuführen pflegt, z. B. L. 11 D. 11 1. L. 13 pr. L. 14 eodem reden theils von der in Ansehung ihrer heutigen Anwendbarkeit sehr streitigen confessio ad interrogationem in jure, theils sagen sie nicht, was man daraus ableitet. Brakenhöft l. c. S. 262 weiset dieses nach.

2) daß aber auch Fälle vorkommen, in welchen er sich trügerisch erweiset, indem mitunter eine Proceßpartei absichtlich eine ihr schädliche und dennoch unrichtige Aeußerung macht, ja! geradezu auf einen ungünstigen Ausgang des Processes hinarbeitet, sei es, um dem Gegner etwas unter dem Scheine eines verlornen Processes zuzuwenden, was sie ihm aus Rücksicht auf Andere nur (scheinbar) gezwungen zuwenden darf, sei es aus unlautern selbstsüchtigen Motiven, wie das dem Praktiker leider oft genug bekannt wird[a]);

3) endlich auch noch, was Linde (Proceß §. 256 Note 8) mit Berufung auf L. 4 pr. L. 11 §. 9 D. 11. 1 bemerkt, daß nämlich für den Civilrichter der Gesichtspunkt der innern Glaubwürdigkeit nicht entscheiden kann.

II. Andere[b]) haben in dem gerichtlichen Geständnisse einen Verzicht, ein Aufgeben (Dahingeben) von Rechten finden wollen, und darin den Grund seiner Wirkung gesetzt. Allein, daß man die Sache nicht von dieser Seite aus beurtheilen darf, ergiebt sich — abgesehen von andern Bedenken, welche Brakenhöft l. c. S. 267 aufwirft — schon daraus, daß Fälle vorkommen, in welchen man schlechterdings nicht einsieht, was aufgegeben sein, worauf verzichtet sein soll. Ein sehr gewöhnlicher hierher gehöriger Fall ist der, da der Beklagte eine begründete Forderung, von deren Richtigkeit er überzeugt ist, einräumt, mithin überall keinen Verzicht leistet, nichts aufgiebt, selbst nicht das Recht zu leugnen und Beweis zu fordern, als welches ihm nach den Grundsätzen über

---

a) Es gehört wahrlich nicht zu den Seltenheiten, daß Jemand bei bevorstehender Insolvenzerklärung nach zuvoriger Verabredung mit einem Andern von diesem sich wegen einer erdichteten Forderung belangen läßt und diese einräumt, damit noch vor Eröffnung des Concurses Execution wider ihn vollzogen und unter dem Scheine des Zwangs ein Theil seines Vermögens auf die Seite geschafft werde, in den er sich mit dem selbstgeworbenen Gegner theilen kann.

b) Vergl. Gönner, Handb. des Proc. Bd. 2 Nr. 43 §. 4.

böswilliges Leugnen und frivole Proceßführung doch wohl nicht zugestanden werden kann.

III. Eine unrichtige Auslegung einiger Gesetze, namentlich der L. 4 pr. L. 7. L. 9 §. 4. L. 12 pr. L. 13 pr. L. 15 L. 16 §. 1 D. 11. 1, in welchen es vom confessus heißt: »teneatur«, »obligatur« am meisten aber L. 11 §. 9 ibidem, wo das Geständniß anscheinend ein Quasi-Contract genannt ist, hat zu einer dieser Auffassung entsprechenden Beantwortung unserer Frage geführt. Diese muß entschieden verworfen werden. Jene Stellen reden von der confessio ad interrogationem in jure und hängen mit den eigenthümlichen Wirkungen derselben zusammen[a]). Sie wollen richtig verstanden nichts weiter sagen als: der confessus ad interrogationem in jure muß das Gestandene gegen sich gelten lassen, ohne daß zu seinen Gunsten auf das wirkliche Rechtsverhältniß weiter Rücksicht genommen wird, sollte er daher, sagt besonders die L. 11 cit., überall nicht in der Weise contractlich verpflichtet sein, wie er in jure interrogatus confessus est, so haftet er nichts desto weniger, falls der Gegner auf die confessio eine Klage (die s. g. interrogatoria actio) erhebt, ganz so, als wenn er aus einem Contracte auf die von ihm angegebene Art verbindlich wäre[b]).

Diese Auslegung erklärt man mit Unrecht für eine gezwungene. Wäre sie aber auch eine solche, so würde sie dennoch vor einer wörtlichen den Vorzug verdienen, denn weit eher rechtfertigt es sich anzunehmen, daß der Jurist sich hier (wie ja doch erweislich auch anderer Orten) unvorsichtig ausgedrückt habe, als ihm einen Ausspruch zuzutrauen, der mit dem Wesen des gerichtlichen Geständnisses nicht in Einklang zu bringen ist. Mag auch eine erhebliche

a) Diese zu erörtern ist hier nicht der Ort; man vergl. die kurze und übersichtliche Darstellung der Sache bei Göschen, Pand. I, §. 176.

b) Vergl. Brakenhöft l. c. S. 269.

Aehnlichkeit zwischen den das Geständniß bewirkenden Aeußerungen und einem Vertrage zugegeben werden, so sind dennoch wesentliche Unterschiede[a]) nicht zu verkennen, deren Grund lediglich darin liegt, daß das gerichtliche Geständniß processualischer Natur ist. Während rücksichtlich der den Vertrag bildenden Uebereinstimmung allein die Thätigkeit der Parteien in Betracht kommt, tritt für unser gerichtliches Geständniß insofern der Richter noch als mitwirkend hinzu, als er peremtorische Fristen anberaumt, von deren Ablauf die verbindende Kraft der von den Parteien abzugebenden Erklärungen abhängt[b]), und dadurch wird das ganze Verhältniß der Confitenten zu einander ein wesentlich anderes, als worin Paciscenten zu einander stehen. Abgesehen daher ganz von der bekannten Controverse, ob die Wirkungen der conf. ad interr. noch h. z. T. bei gerichtlichen Geständnissen eintreten, und folgeweise, ob die citirten, von der conf. ad interrog. redenden Stellen für unser heutiges Recht entscheiden können, sehen wir, daß die Stellen nicht für die hier bekämpfte Meinung angezogen werden können, weil Gründe entgegenstehen, die aus dem Wesen eines gerichtlichen Geständnisses im heutigen Sinne sich ergeben.

§. 7.

Muß die Partei, wie sich von selbst versteht, dasjenige, was mit ihrem eigenen Willen zur juristischen Wahrheit wird, gegen sich gelten lassen[c]), so folgt weiter, daß der Beklagte, der eines vom Gegner wider ihn geltend gemachten Anspruchs geständig ist, seinen Widersacher zu befriedigen hat. Man ist indeß darüber nicht einig, ob diese Folge ohne Weiteres gerichtliche Zwangsmaßregeln

---

a) S. Brakenhöft l. c. S. 267.

b) S. unten über den Widerruf §. 8 dieser Abhandlung.

c) Vergl. Weber l. c. IV. 6.

gegen den Beklagten hervorzurufen vermöge, oder ob es erst noch eines condemnirenden Urtheils bedürfe.

Die Praxis scheint sich für letzteres entschieden zu haben, und Particulargesetze stimmen damit überein. Indeß nach der Natur der Sache so wenig als nach den gemeinrechtlichen Quellen dürfte sich dieses rechtfertigen lassen. Weil der im römischen Recht vorkommende Satz »confessus est pro judicato«[a]) auf das Verfahren in judicio keine Anwendung fand, hat man sich zu der Ansicht verleiten lassen, als sei er überhaupt, seitdem die Trennung des Richtergeschäfts aufgehört habe, unanwendbar geworden. Hierwider muß erinnert werden, daß zu Justinians Zeit jene Trennung längst aufgehört hatte, und dennoch jener Satz sich in Justinians Rechtsbüchern findet. Ja! die Juristen, aus deren Schriften der Titel »de confessis« der Pandekten componirt ist, unterscheiden gar nicht zwischen confessio in jure und judicio, was sie hätten thun müssen, wenn sie den Fall einer cognitio extra ordinem für solchen gehalten hätten, in welchem der Magistrat die Rolle des judex spielte[b]). Wenn der Magistrat gleich unserm heutigen Rich-

---

a) Dieser Satz ist ein so natürlicher, daß er zu allen Zeiten Anerkennung finden mußte. Schon die 12 Tafeln setzen den confessus debitor dem condemnirten gleich, beiden sind 30 Tage zur Befriedigung des Creditors gegeben, sonst erfolgt manus injectio. Gellius, noct. Att. XX, I. Gajus IV. 21. Für die Anwendung dieses bezüglich des Verfahrens in jure in das spätere Recht übergegangenen Princips ward vorausgesetzt, daß auf ein dem Werthe nach ganz bestimmtes Object geklagt war, indem widrigenfalls, bevor es zur Execution kommen konnte, erst ein judicium nöthig wurde, zwar nicht rei judicandae, aber aestimandae causa, welches, wie jedes judicium, ein Urtheil erforderlich machte. Vgl. über Part. Recht S. 702, Abs. 1 bei Bayer; Aufl. 8.

b) Die L. un. C. 7. 59. redet allerdings nur von der confessio in jure, sie hat also einen Fall vor Augen, wo — was damals noch vorkam — nicht extra ordinem cognoscirt ward. Man braucht und darf die Stelle demnach nicht so zu verstehen, als sei der mitgetheilte Ausspruch Caracalla's nur auf die conf. in jure, nicht aber auf den Fall einer cognitio extraordinaria anwendbar. Auch ist es eben nicht befremdend, da, wo ein judex gar nicht auftritt, das Geständniß als in jure erfolgt zu bezeichnen.

ter den Rechtsstreit in contradictorio ganz selbst instruirte, konnte man schwerlich dafür halten, er sei jetzt als judex anzusehen; freilich einige Functionen des letztern mußte er verrichten, nämlich die Untersuchung der Sache, und für den Fall, daß kein Geständniß erfolgte, eine Entscheidung, ohne welche Handlungen überhaupt sich kein Proceß zu Ende bringen läßt, unmöglich aber konnte es seine Sache sein, Handlungen vorzunehmen, welche als reine in der Theilung des Richtergeschäfts begründete Formsachen erschienen. Zu diesen gehört nun gerade Abgabe eines Urtheils trotz einer in judicio erfolgten confessis. Der judex nämlich mußte stets urtheilen[a]), weil er durch die unabänderliche Formel dazu angewiesen war, er hatte vor Abgabe des absolvirenden oder condemnirenden Erkenntnisses seiner Instruction nicht genügt, seine Function war noch nicht beendet, die Sache konnte also auch noch nicht an den Magistrat behuf etwa erforderlicher Execution zurückgehen. Dieser Grund der Nothwendigkeit des Urtheils war bei dem extra ordinem verfahrenden Magistrate nicht vorhanden, wie er auch beim heutigen Richter vermißt wird; in beiden Fällen muß das Erkenntniß für überflüssig angesehen werden, da es ja nichts aussprechen kann, als was schon fest steht, nämlich (als Selbstfolge des vor demselben Richter erfolgten Geständnisses), daß der confessus seinen Gegner zu befriedigen hat. Zwar auch dazu würde das Urtheil beitragen, daß nun das Vorhandensein des Geständnisses und der Inhalt durch dasselbe genau constatirt würde, so daß eine Execution auf dieser Grundlage vollzogen werden könnte. Indeß dieses ist nicht so wesentlich, daß es dazu der Weitläuftigkeit eines, ohnehin Kosten verursachenden, Urtheils bedürfte, es kann vielmehr dasselbe durch ein bloßes, mit Genauigkeit auf-

---

a) Conf. L. 74 pr. D. 5. 1.

genommenes Protocoll erreicht werden[a]), vorausgesetzt natürlich, daß der Gegenstand, um den es sich handelt, hinreichend genau bestimmt ist.

§. 8.

Wir dürfen an das Gesagte passend die Beantwortung einer sehr verschiedenartig beurtheilten Frage anknüpfen und eine ähnliche im folgenden Paragraphen geben.

Es fragt sich zunächst: kann ein Geständniß widerrufen werden, und wie weit wird sich eine desfallsige Befugniß erstrecken?

Eine allgemeine Fassung können wir der darauf zu ertheilenden Antwort nicht geben, weil verschiedene Beziehungen dabei in Betracht kommen. Im Allgemeinen bemerken wir vorläufig nur so viel, daß für jede einzelne dieser Beziehungen die Grundsätze über die Befugniß zur Abänderung gerichtlicher Parteivorträge maßgebend werden.

Wie es im gemeinen Leben nicht für unerlaubt gehalten wird, daß sich Jemand im Laufe mündlicher Rede oder eines schriftlichen Aufsatzes verbessere und durch Abänderung des bereits Vorge-

a) Dieses wird im Hannoverschen Proceßrecht (vergl. Bayer S. 702 Aufl. 8. in Ansehung des Bairischen) anerkannt. Der §. 117 der Proc. Ordnung v. 1850 sagt: „Jede Partei kann verlangen, daß in der Gerichtssitzung abgegebene Geständnisse behuf sicherer Feststellung derselben wörtlich in's Protocoll aufgenommen werden. Ist die Erklärung einer Partei, daß sie ihre im Processe befangene Verbindlichkeit zu einer der Gegenpartei zu machenden Leistung ganz oder theilweise anerkenne, in das Protocoll aufgenommen, verlesen und genehmigt worden, so kann von dem Protocolle wie von einem Urtheile eine executorische Ausfertigung genommen werden, und auf Grund derselben Zwangsvollstreckung eintreten". (Diese Ausfertigung ist das Zeugniß des Gerichtsschreibers (§. 529), bei dessen Ertheilung der Richter gar nicht concurrirt.)

In Uebereinstimmung mit unserer Ansicht entschied nach Seuffert l. c. II, Nr. 351 das Ober-Appell.-Ger. zu Lübeck.

tragenen berichtige, so können auch derartige Aenderungen schriftlich oder mündlich vor Gericht gehaltener Vorträge im Allgemeinen den Parteien nicht verboten sein, wenn wir nicht die freie, h. z. T. vor Gericht gebräuchliche Redeweise aufgeben wollen. Gleichwohl muß die Befugniß des Aenderns eine Grenze haben, ohne welche eine zweckmäßige Proceßdirection nicht möglich sein würde. Diese Grenze ist beim mündlichen Vortrage von selbst da gegeben, wo der Vortragende zu reden aufgehört hat, denn durch sein Schweigen giebt er zu erkennen, daß er gesagt hat, was er zu sagen hatte, und nun die Entgegnung (wo sie überhaupt noch zulässig ist) erwarte, so daß mit vollem Rechte die Reihe des Vortragens an den Gegner kommt. Und diesem muß es gleich geachtet werden, wenn der Richter dem, der seinen Vortrag ungebührlich ausdehnt, das Wort entzieht.

Zur Herbeiführung eines Endtermins im schriftlichen Verhandeln werden Fristen anberaumt, welche, wenn sie den Zweck erreichen sollen, peremtorische sein müssen. Jede Frist hat der, dem sie gesetzt wurde, bis zum letzten Moment derselben, bis zu dessen Eintritt er seinen Vortrag, wenn er ihn schon eingereicht hat, eben so gut verändern kann, als ihm solches bis zur völligen Beendigung eines mündlichen Vortrags gestattet ist, — oder, mit andern Worten, bis zum letzten Augenblick der ihm gesetzten Frist hat er das schriftliche Wort.

Unter Denjenigen, welche dieses im Allgemeinen anerkennen, wollen die Meisten[a]) Aenderung des schriftlichen Vortrags dann nicht mehr gelten lassen, wenn zwar die peremtorische Frist noch nicht verstrichen, aber die eingebrachte Schrift dem Gegner schon mitgetheilt, oder wenigstens schon von diesem während der noch

a) Vergl. Gönner, Handb. des Proc. Bd. I, Nr. XX. Danz ordentl. Proc. §. 504. Brakenhöft l. c. S. 363. 407.

laufenden Frist beantwortet ist. Bestimmte gesetzliche Anhaltspunkte für unsere Controverse fehlen[a]), wir müssen daher aus der Natur der Sache argumentiren. Nach dieser dürfte es sich aber so verhalten:

So wenig Jemand dem mündlich vortragenden Gegner in das Wort fallen darf, um durch Zustimmung zu dem Gesagten dieses unabänderlich zu machen, eben so wenig darf er dem schriftlich handelnden Gegner die ihm während der noch laufenden peremtorischen Frist gegebene Befugniß, seinen Vortrag durch Nachfügungen zu vermehren, entziehen. Nur ein vom Gegner ausdrücklich ausgesprochener Verzicht auf weitern Vortrag könnte die Sache ändern. Beim mündlichen Vortrage ist solcher Verzicht, wie bereits bemerkt, durch das Aufhören der Rede und dadurch, daß der Vortragende sich der darauf beginnenden Entgegnung nicht widersetzt, zu erkennen gegeben, oder er wird auch wohl auf die Frage des Richters, ob der Redende noch etwas zu sagen habe, ausdrücklich erklärt. Beim schriftlichen Handeln ist die Sache etwas anders. Wer binnen bestimmter Frist sich erklären soll, kann sich der vor Ablauf jener Frist eingebrachten Gegenerklärung auf seinen dem andern Theile bereits mitgetheilten Schriftsatz nicht opponiren, auch ist die Gegenerklärung keineswegs als eine auf der Stelle erwartete durch den vor Ablauf der peremtorischen Frist eingereichten Schriftsatz in der Art wie durch das eingetretene Schweigen beim mündlichen Verfahren provocirt — beides aus dem Grunde, weil eben der Verfasser des Schriftsatzes ja weiß, daß ihm mit dessen Eingabe bis zum letzten Momente der Frist zu warten verstattet gewesen wäre, er bis dahin also auch zu Nachträgen das schriftliche Wort hat.

Und wir finden in der That nicht eben selten, daß eine vor-

---

a) Vergl. Gönner l. c., §. 1 und 2.

sichtige Partei, um nicht in Folge unvorhergesehener Umstände das zeitige Vorbringen zu versäumen, einige Zeit vor dem Ende der Frist ihren schriftlichen Vortrag dem Gerichte einreicht, und dabei die Absicht hat, einen Nachtrag zu liefern, zu dem es im Augenblick noch an Material fehlt. Oder sie findet nach der aus löblicher Präcision einige Zeit vor dem Ablaufe der Frist erfolgten Eingabe ihrer schriftlichen Erklärung, daß sie sich unrichtig oder zweideutig ausgedrückt hat; — soll ihr hier aus dem Umstande, daß sie zeitig handelte, ein Nachtheil erwachsen, den sie nicht zu tragen haben würde, wenn sie mit Einreichung der Schrift bis auf die letzte Minute gewartet hätte?

Man könnte einwenden, daß die Mittheilung der Schrift an den Gegner erkennen lasse, wie der Richter die Erklärung des Verfassers für beendet angesehen habe, daß solche Mittheilung also dem Falle, da der Richter im mündlichen Verfahren den Gegner an's Wort kommen läßt, gleich zu achten sei.

Indeß in der bloßen Mittheilung kann doch wohl dergleichen noch nicht gefunden werden, da sie weiter nichts bewirkt als Kenntnißnahme des Gegners von dem Inhalte des schriftlichen Vortrags, mithin die Stelle des Anhörens bei der mündlichen Verhandlung vertritt. Anders stände vielleicht schon die Sache, wenn — was regelmäßig der Fall sein wird — mit der Mittheilung eine Aufforderung zur Antwort binnen einer vorgeschriebenen Frist verbunden wäre. Gleichwohl kann dieser Fall nicht andere Folgen haben als der erstere. Denn dadurch ist ja demjenigen, welchem die Frist noch läuft, ausdrücklich überhaupt noch gar nichts aberkannt worden. Wollte man gleichwohl in der Aufforderung eine Absicht des Richters erblicken, wegen des von ihm als beendet angesehenen Vortrags des Verfassers der Schrift die demselben noch laufende Frist abzukürzen, so nähme man — ganz abgesehen von der Frage, ob in der beliebten Abkürzung nicht eine unerlaubte

Willkühr des Decernenten liege[a]) — eine richterliche Anordnung an, die in geradem Widerspruch mit der ersten (die Frist vorschreibenden) Verfügung stehen würde. Dieses ist nun schon an sich mißlich, geradezu unerlaubt aber, so lange sich noch ein Weg finden läßt, der zu einer Uebereinstimmung zulassenden Auslegung führt. Eine Uebereinstimmung könnte man schon darin finden, daß angenommen würde, der Richter wolle die dem Gegner zur Beantwortung der communicirten Schrift vorgeschriebene Frist erst von dem Ablaufe der ersten (noch laufenden) an gerechnet wissen. Jedenfalls dürfte aber, wenn man davon ausgeht, er hätte in der zweiten Verfügung die zur Beantwortung der communicirten Schrift gesetzte Frist für eine sofort zu laufen beginnende erklärt, solches

a) Kein Richter ist befugt, der Partei einmal erworbene Befugnisse des Angriffs oder der Vertheidigung ohne Grund abzuschneiden. Ein solcher Grund kann für unsern Fall mit Brakenhöft l. c. S. 408 nicht darin gefunden werden, daß sonst der „Richter nie würde eine Exceptionsschrift u. s. w. zur Beantwortung communiciren, oder überhaupt weiter verfahren dürfen, so lange der peremtorische Termin für den mitzutheilenden Vortrag noch nicht verstrichen wäre, weil eine Aenderung desselben alle nachfolgenden Handlungen vernichten könnte". Diese Argumentation heißt den Grund in dem finden, was erst begründet werden soll. Sollte der von Brakenhöft besorgte Fall der Aenderung wirklich eintreten, so ist dennoch daraus für die Sache selbst nicht mehr Nachtheil zu erwarten, als wenn der Verfasser der abändernden Erklärung mit seinem Vortrage bis zum letzten Momente der ihm gesetzten Frist gewartet hätte. Es bedarf zwar jetzt noch einer nachträglichen Beantwortung der Abänderung, allein diese wird sich auch vermeiden lassen, wenn der Richter unterläßt, die Frist für die Beantwortung dessen, was möglicherweise abgeändert werden kann, als eine von Zeit der mittheilenden Verfügung an laufende zu bestimmen. Wenn Gönner und Danz l. c. die Regeln über die Zuläßigkeit einer Aenderung zur Beantwortung communicirter Klageschriften auf unsern Fall anwenden wollen, so steht dem entgegen, daß beide Fälle sich nicht gleich sind. Der Kläger muß erwarten, daß seine Schrift sofort dem Beklagten mitgetheilt und beantwortet wird, und deßhalb seinen Vortrag so einrichten, daß er ihn nicht mehr abzuändern braucht; wer sich dagegen binnen bestimmter Frist auf eine Eingabe seines Gegners erklären soll und dieses vor Ablauf der Frist thut, weiß, daß ihm dazu noch die ganze Frist offen steht, daß er folglich bis zu deren Verlauf noch ändern kann.

doch nur von einer Beantwortung der Schrift, wie sie bislang vorliegt, d. h. soweit sie nicht durch einen Nachtrag während der dem Verfasser noch laufenden peremtorischen Frist verändert wird, zu verstehen sein, wogegen bei etwa erfolgender nachträglicher Abänderung die schon eingegangene Antwort durch einen auch zu dieser zu liefernden Nachtrag zu modificiren sein würde.

Diese allgemeinen Grundsätze müssen nun, wie schon oben bemerkt, auch in Ansehung der Geständnisse zur Anwendung kommen, weil ja diese stets Parteivorträge sind, mögen sie den alleinigen oder theilweisen Inhalt derselben bilden.

Wir wenden uns nunmehr zu der zweiten im §. 8 angedeuteten Frage:

§. 9.

Ist gegen ein erfolgtes Geständniß ein Gegenbeweis zulässig, so daß dadurch der Reproducent seine Aeußerung wirkungslos machen kann? Man pflegt darauf zu antworten, daß der Confitent bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse seine Erklärung dadurch rückgängig machen könne, daß er das Gegentheil ihres Inhalts nachweise. (Vergl. Mühlenbruch Pand. §. 146, 7. Martin, Proc. §. 128, x.) Mit vollem Recht haben aber neuere Processualisten auf die Unrichtigkeit dieser Ansicht hingewiesen, zu welcher theils verkehrte Ideen über den Grund der aus dem gerichtlichen Geständnisse sich ergebenden Wirkung, theils Mißverständniß einiger Stellen des römischen Rechts, theils auch eine Verwechselung des Gegentheils vom Inhalte des Geständnisses mit Anfechtung der Rechtsbeständigkeit desselben auf Grund eines Mangels seiner Erfordernisse Veranlassung gegeben haben. Es streiten nicht nur gegen diese Ansicht gerade die Bestimmungen des römischen Rechts überhaupt, sondern vornehmlich auch der Umstand, daß ja das gerichtliche Geständniß in unsern Quellen dem

Urtheile gleichgestellt wird, gegen welches auch kein Gegenbeweis Statt findet. Ferner muß man bedenken, daß das Geständniß kein Beweisresultat[a]) ist, wenn es diesem auch darin gleicht, daß das Bewiesene wie das Gestandene juristische Gewißheit bewirkt. Wo jeder Gedanke an Beweis, wie beim Geständnisse, schon am unrechten Platze sein würde, kann auch von eigentlichem Gegenbeweise keine Rede sein. Wenn Martin (§. 128 x) einwendet, daß juristische Gewißheit den Gegenbeweis nicht ausschließe, so ist dabei nicht bedacht, daß dieselbe einen verschiedenen Grad der Stärke haben kann. Die mit der praesumtio juris verbundene ist nur eine Interimswahrheit, die durch das gerichtliche Geständniß hervorgerufene eine definitive, weil sie durch Uebereinstimmung der Parteien dafür erklärt ist. Wider die durch Beweis erzielte rechtliche Gewißheit wird Gegenbeweis zugelassen um der Gleichheit der Parteirollen wegen, da sie wider den Willen dessen herbeigeführt ist, dem gegenüber sie gelten soll, bei der aus dem Geständnisse sich ergebenden fällt diese Rücksicht weg, denn sie entstand ja mit dem Willen dessen, dem gegenüber sie sich wirksam beweisen soll. Kurz und treffend sagt Puchta (Pand. §. 97, b.): „Das gerichtliche Geständniß einer Thatsache hebt diese über die Sphäre des Beweises hinaus. Mit Unrecht behandeln die neuern Processualisten es daher als Beweis und lassen ohne Weiteres einen Gegenbeweis des Geständigen zu. Erst die Anfechtung und Auf-

---

a) Dieses beweisen die Worte des §. 50 im j. R. A. und der L. 2 C. 7. 65. Observare curabis, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum, adulterorum, itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans etc. L. 1 §. 17. D. 48. 18. Divus Severus rescripsit confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. Vergl. Brakenhöft l. c. S. 254.

hebung des Geständnisses kann die Thatsache wieder zum Gegenstande des Beweises machen[a])." Daß man die Rechtsbeständigkeit eines Geständnisses wegen Mangels eines Erfordernisses seiner Gültigkeit anfechten darf, ist richtig[b]), und ein hierauf gerichteter Beweis wird allerdings unter Umständen eintreten müssen. Von einem solchen Falle redet die von Mühlenbruch (Pand. §. 146, Note b.) angezogene Stelle des canonischen Rechts. (c. 2. in VI. 1. 21. »Si adversus confessionem in judicio a se factam laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum, intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat: non est (nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare: hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum.)

Die von den verschiedenen Schriftstellern, z. B. Mühlenbruch und Martin l. c. angeführten römischen Gesetzesstellen rechtfertigen die Meinung der Zulässigkeit des gegen den Inhalt des Geständnisses zu führenden Beweises keineswegs; eine rich-

---

a) Vergl. auch Bayer l. c. S. 702. Linde, Proc. §. 256 und in den Abhandl. aus d. Civilproceß S. 56—61.

b) Dahin gehört namentlich Anfechtung des Geständnisses wegen Irrthums, in welchem sich der Confitent befunden haben will. Dieses spricht klar aus L. 2 D. h. t. „Non fatetur, qui errat etc.", anderntheils ergiebt es die Natur der Sache. Wie bei Verträgen nach der Regel „non videntur consentire, qui errant" (L. 116 §. 2 D. 50. 17.) der Irrthum um deßwegen von Bedeutung ist, weil keine Uebereinstimmung im Bewußtsein der Parteien herrscht, eben so wenig kann diese beim Geständnisse (als dessen Voraussetzung) abwesend gedacht werden. Nur der Unterschied besteht zwischen beiden, daß — wie man es treffend auszudrücken pflegt — jenes übereinstimmende Bewußtsein beim Vertrage ein übereinstimmendes Wollen, beim Geständnisse ein übereinstimmendes Wissen oder Meinen ist.

tige Interpretation zeigt, wie jene Stellen voraussetzen, daß ein besonderer Grund nachgewiesen werden konnte, aus welchem das Gestandene nicht zureichend war, oder daß auf dem Wege der Restitution geholfen wurde[a]).

---

a) Vergl. Brakenhöft l. c. S. 378 ff. Was insonderheit die häufig angeführten Stellen: L. 23 §. 11 D. 9. 2. (Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit, se occidisse; hoc enim solum remittere confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse; ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet.) — L. 24 eodem (Hoc apertius est circa vulneratum hominem. Nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus, aestimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus?) L. 25 eodem (Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur de mortuo, licet fassus sit. §. 1. Si procurator, aut tutor, aut curator, aut quivis alius confiteatur absentem vulnerasse, confessoria in eos actio utilis danda est. §. 2. Notandum est, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, judex non rei judicandae sed aestimandae datur, nam nullae partes sunt judicantis in confitentes.) L. 7 D. 42. 2. (Quum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere; arbiter ad restituendum datus comperit nihil deberi. Quaesitum est: an possit absolvere? Respondi posse; interesse tamen, qua ex causa nihil debeatur: nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere; si vero, quia testator forte solvendo non erat, aut quod heres omne solutum esse apud Praetorem dixerat, et quum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio eum absoluturum; has enim partes ejus esse, ut, si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere. Sed et ex superiore casu ad Praetorem remittere debet, ut absolvatur.) anlangt, so sei kurz bemerkt, daß von einem Falle die Rede ist, wo durch die confessio so viel zur Gewißheit gebracht war, daß es nur noch darauf ankam, den Werth des Streitgegenstandes zu ermitteln, zu welchem Ende der Magistrat einen judex rei aestimandae causa, resp. arbiter bestellte, welche fanden, daß der zu ermittelnde Betrag des Schadens, resp. Fideicommisses nicht festgestellt werden konnte, weil weder Schaden überhaupt geschehen, noch resp. ein Fideicommiß angeordnet war, so daß von Regulirung desselben so wenig die Rede sein konnte, als in dem Falle, wo sich fand, daß das Fideicommiß bereits berichtigt oder die Erbschaft insolvent sei. Von einem gegen den Inhalt des Geständnisses geführten Beweise reden diese Stellen also nicht, sondern von Fällen, wo trotz erfolgter confessio eine Unmöglichkeit der Verurtheilung aus dem

§. 10.

Bevor wir unsere Betrachtungen über das gerichtliche Geständniß schließen, müssen wir noch einiges Speciellere über seine Erfordernisse sagen, indem das in dieser Beziehung Vorgetragene nur die allgemeinsten Anhaltspunkte berührt, die Sache aber noch längst nicht erschöpft hat.

I. Auf Gegenstände, die der Disposition der Parteien überhaupt nicht unterliegen, kann natürlich auch eine übereinstimmende Erklärung derselben keinen Einfluß haben. Der Confitirende kann daher mit Wirkung sich nur über solche Gegenstände äußern, die seiner Disposition unterworfen sind. Daraus ergeben sich folgende Sätze:

1) Der Pupill kann ohne Vormund mit Wirkung nicht confitiren. Hat der Vormund mitgewirkt, so kann der Pupill dennoch Restitution erlangen, falls es an den Bedingungen einer solchen überhaupt nicht fehlt. Conf. L. 6 D. §. 5. 42. 2. In pupillo tutoris auctoritatem exigimus. Minorem a confessione sua restituemus. L. 26 §. 5 D. 9. 4. Demgemäß werden auch Kirchen, Gemeinden, milde Stiftungen und nach einer jedoch nicht unbestrittenen Meinung der Praktiker überhaupt alle universitates personarum behandelt. Conf. c. 2 in VI. 1. 21. L. 3 C. 11. 29. c. 1—3. 6. X 1. 41. Glück, Pand. Bd. 6. S. 465.

2) In Streitigkeiten über das Dotalvermögen steht nach L. 11 C. 5. 12. (De his, quae in dotem data ac direpta commemoras, mariti tui esse actionem, nulla est dubitatio.) dem Ehemanne die Rechtsverfolgung zu, seine dieserhalb abgegebenen Geständnisse haben daher auch Kraft. Im Concurse des

---

Grunde sich herausstellte, weil die Ermittelung eines certi nach Lage der Dinge sich unausführbar zeigte.

Ehemanns verfolgt dagegen die Frau selbst ihre Rechte, welche der Mann als ihr Schuldner nicht vertreten kann, sie confitirt mithin auch auf gültige Weise[a]).

3) Der Procurator kann zwar nicht nach früherem, wohl aber nach heutigem, eine vollständige Repräsentation durch Dritte zulassendem Recht ein gültiges Geständniß machen, falls er gehörig sich legitimirt[b]).

4) Ueber Geständnisse der Advocaten haben wir besondere gesetzliche Bestimmungen. Die L. 1 C. 2. 10. sagt: »Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litis proferantur«. und weiter in L. 3 ibid: Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi opitulari possunt: qùum te praesentem neque causam in continenti i. e. triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio (si tibi haec displicebant) usum esse proponas.«

Also ein im Beisein der Partei vom Advocaten gemachtes Geständniß gilt so gut, als hätte die Partei es selbst abgelegt, es sei denn, daß der gegenwärtige Client es sofort oder binnen nächsten drei Tagen durch Widerspruch zurücknehmen wird. Der Grund dieser Bestimmung möchte darin zu finden sein, daß man den Clienten vor Schaden aus den so leicht entstehenden Mißverständnissen zwischen ihm und dem Advocaten schützen will. Wie oft ereignet es sich, daß beide sich in den der gerichtlichen Verhandlung vorangehenden mündlichen oder schriftlichen Besprechungen nicht gehörig klar geworden sind! Ebenso leicht ist es, daß die Partei

---

a) Vergl. Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 246 und VII. Nr. 329.
b) S. Puchta, Pand. §. 53.

(insonderheit diejenige, welche rechtsunerfahren oder beschränkten Geistes ist), wenn sie bei der gerichtlichen Verhandlung zugegen ist, dem Vortrage des Advocaten nicht genügend folgen kann, sich also außer Stande befindet, den ihrer Intention nicht zusagenden Erklärungen des Advocaten zu widersprechen. Dieserhalb haben die Gesetze noch eine möglichst kurze Frist für einen nachträglichen Widerspruch gegeben, während der sich die Partei mit ihrem Rechtsbeistande über dunkel und zweifelhaft gebliebene Aeußerungen des letztern besprechen und danach etwaige Aenderungen besorgen kann.

Auch hier hat man gemeint, es müsse das Gegentheil vom Gestandenen nachgewiesen werden, wenn der Widerruf von Erfolg sein solle. Indeß geht dieses durchaus nicht aus den citirten Gesetzstellen hervor[a]). Andere verlangen, der Widerrufende solle beweisen, daß ein Irrthum obgewaltet habe, weil die Gesetze vom Irrthume des Advocaten reden. Das kann wohl der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben. Denn was der Advocat im sofortigen Widerspruch mit dem Clienten behauptet, ist ohne rechtliche Wirkung, da die Handlung des erstern nur in soweit für letzteren Bedeutung hat, als sie seinem Willen gemäß ist[b]). Dem sofortigen Widerrufe steht nun der innerhalb dreier Tage erfolgte nach den klaren Worten des Gesetzgebers (»id est«) gleich, folglich braucht man an Irrthum überall nicht zu denken. Dafür spricht auch noch der Umstand, daß Anfechtung eines Geständnisses wegen Irrthums ja auch noch nach den drei Tagen gestattet sein würde, die citirte L. 3 hätte also gar keine besondere Bedeutung, weil sie etwas Bekanntes sagte[c]).

---

a) Vergl. Mühlenbruch, Pand. §. 146, Note 9. Weber l. c. IV. 13.

b) Vergl. Puchta, Pand. S. 81 oben. (Aufl. 7.)

c) Ganz dasselbe Argument ließe sich auch anwenden auf den geforderten Beweis des Gegentheils, wenn man solchen überhaupt für zulässig halten wollte. (Vergl. §. 9 dieser Abhandlung.)

Von dem Falle eines in Abwesenheit des Clienten und dem, diesem gleichzuachtenden, eines in einer vom Clienten nicht unterzeichneten Schrift gemachten Geständnisses redet unser Gesetz gar nicht. Hier fordert aber doch wohl die Consequenz dem Clienten die drei Tage von Zeit der erhaltenen Wissenschaft des Gestandenen zuzugestehen. Denn, wie Weber l. c. IV. 14. treffend bemerkt, der Abwesende verdient mehr Rücksicht als der Gegenwärtige, kann wenigstens den Rechten nach nicht schlimmer daran sein als dieser[a]). — Die Kosten, welche durch die Revocation erwachsen, hat natürlich stets der Widerrufende zu tragen.

5) Der Cridar hat nach Ausbruch des formellen Concurses keine Befugniß mehr, über sein Vermögen zu verfügen, sein Geständniß bewirkt also in Ansehung der angemeldeten Professa keine Gewißheit, zumal es nicht einst als gerichtliches Geständniß angesehen werden kann, da nicht er, sondern der Contradictor den Profitenten gegenübersteht[b]). Wieweit auf solche Aeußerung der Contradictor bei Beantwortung der Professa Gewicht legen will, bleibt lediglich diesem überlassen. Der Profitent kann das Anerkenntniß des Cridars indeß im Liquidations-Processe als Beweisgrund mit benutzen, dessen Gewicht um so schwerer sein wird, wenn sich ergiebt, daß der Cridar wegen zu besorgender demnächstiger Haftung (wenn er wieder zu Vermögen kommt) sich selbst zum Nachtheil ausgesprochen hat; während das Gegentheil eintreten muß, je größer der Verdacht ist, daß er die anerkennende Aeußerung in der Erwartung eines aus dem Siege des Liquidanten zu ziehenden Vortheils[c]) abgegeben habe. Geständnisse, die der Cridar vor Aus-

---

a) Mühlenbruch l. c Note 10. — Bethmann-Hollweg S. 315.

b) Vergl. Claproth, Concurs-Proceß §. 372. Daß man den Gemeinschuldner zur Erklärung über die Anmeldungen aufzufordern pflegt, steht nicht entgegen.

c) z. B. wenn seine Frau, seine Kinder u. s. w. liquidiren.

bruch des Concurses etwa in einem behuf des Zustandekommens eines gütlichen Arrangements Statt findenden Verfahren vor Gericht macht, sind für den Concursproceß als außergerichtliche anzusehen, wie das unsere Definition in §. 2 ergiebt.

Wenn der Cridar vor Ausbruch des Concurses in einem damals bereits anhängigen Processe, in den der Concurscurator[a]) später statt seiner eintritt, Geständnisse abgegeben hat, so haben sie bleibende Kraft, weil sie von dem zur Zeit ihres Entstehens als Partei anzusehenden Cridar im Zustande völliger Dispositionsfähigkeit gemacht sind[b]).

6) Das Geständniß eines von mehreren Streitgenossen bindet nicht die übrigen. Haben alle einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellt, dann freilich kann die Sache anders liegen (vergl. oben 3), abgesehen von diesem Falle, muß man stets bedenken, daß jeder Streitgenosse rücksichtlich des ihm am Streitgegenstande (sei dieser theilbar oder nicht) zustehenden Interesse eine für sich auftretende, besondere Partei ist, daß durch das litisconsortium keine materielle Gemeinschaft der Interessen begründet wird, und die Litisconsorten keineswegs eine juristische Person bilden, welche der Mehrzahl nach einen die Minderzahl bindenden Beschluß über Angriff oder Vertheidigung fassen könnten. Nein! die Bedeutung der Streitgenossenschaft besteht nur in der gleichzeitigen processualischen Behandlung der Sachen, wobei der Ausgang des Rechtsstreits sehr wohl ein verschiedener sein kann[c]).

---

a) Bethmann-Hollweg S. 312.

b) Welche Mittel den Gläubigern gegen dergleichen Geständnisse, wenn sie in fraudem creditorum gemacht sind, etwa zustehen, um Schaden von sich abzuwenden, ist zu erörtern hier nicht am Platze.

c) Vergl. das von Seuffert Bd. 4 Nr. 89 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Ger. zu Dresden, wo die Wirksamkeit des Geständnisses Eines von zwei Beklagten gegen den Andern für bedenklich erklärt wird, weil solches mit dem auch für den Proceß geltenden allgemeinen Satze, daß

(Vergl. Linde l. c. §. 109. Note 3. 8. Martin §. 34. Bayer §. 40. Danz §. 292, c. Brakenhöft S. 283, Note 31.)

7) Des Cedenten Erklärung, daß er die volle Valuta erhalten habe, kann nicht die vom Schuldner opponirte exceptio legis Anastasianae beseitigen, sie kann aber zum Beweisgrunde werden. Dieses folgt aus den Gründen, welche in Ansehung des Geständnisses eines Gemeinschuldners schon vorgetragen sind.

8) Das Geständniß der Ehegatten im Scheidungsprocesse hat in Ansehung des Grundes, kraft dessen die Trennung erfolgen soll, nach den Worten des c. 5. X 4. 13. keine Wirkung, weil es ein von der Willkühr der Parteien unabhängiges Verhältniß berührt. (Uebrigens kann es adminiculirend unter Umständen wirken [a]).)

II. Man hat behauptet, es sei zur Gültigkeit eines gerichtlichen Geständnisses erforderlich, daß es schriftlich erklärt werde, weil die Proceßtheorie die Schrift als allgemein wesentliche Form aller Proceßhandlungen verlange [b]). Dieses ist an und für sich ganz richtig, nur muß man bedenken, daß mündliche zu Protocoll genommene Erklärungen den Schriftsätzen der Parteien rechtlich

---

die Handlung oder Unterlassung des Einen den Andern in keine ungünstige Lage setzen dürfe (L. 9 §. 12 D. 40. 12. L. 74 de reg. jur.), imgleichen mit den in Bezug auf das Correalverhältniß bestehenden besondern Principien, nach welchen die confessio des Einen und die res judicata gegen den Einen der Mitschuldner dem Andern unnachtheilig ist (L. 63. D. 41. 1. tit. C. inter alios) .... nicht in Einklang zu bringen sein würde.

a) c. 5 X 4. 13 vergl. mit c. 5 X 4. 19. S. auch die von Seuffert Bd. VI, Nr. 89 und VII, 129 mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Appell.-Ger. in Celle.

Ueber das die Kindschaft betreffende Anerkenntniß des Vaters und der Mutter s. L. 29 §. 1. L. 29 pr. D. 22. 3. Nov. 117 c. 2. L. 1 §. 3 D. 48. 18, wo wohl nur an außergerichtliche Geständnisse gedacht ist; denn „acta" sind hier die Register der Geborenen, nicht Gerichtsacten.

ganz gleich zu behandeln sind, denn, was zu den Acten gekommen ist, wird ja dadurch ein Theil des schriftlichen Materials.

Die Praxis erkennt unsere Ansicht entschieden an, und in der That finden wir, daß gerade bei mündlichen Vergleichsverhandlungen (die ja nach gemeinem Rechte dem Richter unverwehrt ist zu veranstalten), zumal wenn sich der Richter eine geschickte Ausübung des Fragerechts angelegen sein läßt, ein großer Theil der in Processen sich ergebenden Geständnisse zu Stande kommt.

III. Ob zur Gültigkeit eines Geständnisses die Möglichkeit seines Inhalts erforderlich sei, beantwortet L. 13 pr. D. 11. 1 L. 14. §. 1 ibidem L. 8 D. 42. 2. im Allgemeinen bejahend, was auch wohl nicht anders sein kann, wenn man auf die Natur der Sache sieht und das, was über das dem Geständnisse so sehr gleich gestellte Urtheil gilt. (L. 3 pr. und §. 1. D. 49. 8.)

Das rechtlich Unmögliche darf man natürlich nicht verwechseln mit dem Unerlaubten. Was überhaupt physisch möglich sein kann, bestimmt sich nach menschlicher Efahrung.

IV. Das Geständniß fordert nicht nur eine ausdrückliche Erklärung, sondern dieselbe muß auch umständlich und völlig bestimmt sein. L. 6 §. 1 D. 42. 2.

Von stillschweigenden Geständnissen, worunter man sich bald präsumirte[a]), bald fingirte denkt, sollte man überhaupt nicht reden, weil es keinen stillschweigenden Vortrag geben kann; fingirte Geständnisse giebt es aber gemeinrechtlich auch nicht, denn was von der auf die Klage sich beziehenden litis contestatio negative ficta gilt, muß bekanntlich für jede Erklärung auf eine selbstständige Behauptung der Partei Geltung haben[b]).

---

a) D. h. der Inhalt dessen, was das Geständniß auszudrücken hätte, wird präsumirt, nicht der Act des Gestehens. Vergl. Brakenhöft l. c. S. 277.

b) Vergl. oben §. 2 z. A. — Brakenhöft l. c. S. 276. L. 142 D. 50. 17. c. 44 in VI. de reg. jur. — Ausnahmen machen einige Contu=

V. In neuerer Zeit hört man mitunter die Behauptung, daß es beim gerichtlichen Geständnisse auf das sonst gewöhnlich als Erforderniß seiner Gültigkeit aufgestellte Vorhandensein des s. g. animus confitendi nicht ankomme. Indeß wir mögen solcher Behauptung nicht beitreten. So gewiß es auch ist, daß Niemand vor Gericht etwas vorbringen soll, von dem er nicht will, daß darauf Gewicht gelegt werde, da Scherz, Simulation u. s. w. hier an sich schon am unrechten Orte sind, der Ernst der Sache und die Würde des Gerichts verlangen, daß nur Wahrheit und, was als solche gelten soll, vorgetragen werde, und jeder Streitende weiß, daß sich sein Gegner aus seinen Aeußerungen zu Nutze machen werde, was seiner Sache förderlich sein kann, — ebenso unleugbar ist es auch, daß, namentlich bei mündlicher Verhandlung, mitunter dem Vortragenden Worte unterlaufen, deren Tragweite er in dem Augenblick, da sie seinem Munde oder seiner Feder entschlüpfen, nicht ermessen hat oder nicht füglich ermessen konnte[a]), oder daß er sich in einer Weise ausdrückt, die mehrere Deutungen zuläßt. Dieses zeigt sich insonderheit bei Vergleichsverhandlungen, bei denen der animus confitendi nur unter der vom Gestehenden gemachten Voraussetzung eines wirklichen Abschlusses des Vergleichs anzunehmen sein dürfte[b]).

---

macialfälle, deren die Gesetze besonders gedenken, z. B. c. 2 in VI. 2. 9. L. 34 D. §. 6 (12. 2) L. 38 D. ibid. ,,Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.“ Vergl. noch Linde §. 156, 12. Weber IV. 19. Strube I, Bed. 94. Güyet im Archiv Bd. 40.

a) Vergl. das von Seuffert Bd. III. Nr. 129 mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Appell.-Ger. zu Dresden.

b) Die bekannte Controverse: articulans an fateatur? beantwortet Gensler (Archiv II. S. 295) bejahend, und führt deshalb an: „Jedes im Verhältniß zu einem bestimmten Gegner in der nämlichen Sache und in den nämlichen Acten geschehene Geständniß, antwortend oder selbstbehauptend (Archiv I, S. 45), unter der Rubrik einer Einrede oder in der Form eines Beweisartikels, muß ein Geständniß sein und bleiben und dessen Wirkung haben. (Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide

II. Vom außergerichtlichen Geständnisse.

§. 11.

Auch dieses hat man als ein Beweismittel angesehen, als ein Zeugniß in eigener Sache, welches man ausnahmsweise für glaubwürdig erachtet, weil es eine für die confitirende Partei nachtheilige Erklärung enthalte, welche erfahrungsmäßig Niemand im Widerspruch mit der Wahrheit abgebe. Indeß das heißt doch wohl etwas zu weit von dem herrschenden Begriffe eines Zeugen sich entfernen, nach welchem nur solche Personen als Zeugen angesehen werden, die nicht als Subjecte des Processes dastehen. Andererseits ist zu bedenken, daß meistens das außergerichtliche Geständniß selbst Gegenstand des Beweises ist, mithin dann nicht das Organ sein kann, wodurch dem Richter der Beweisgrund zugeführt wird. Das Geständniß selbst ist vielmehr dieser Beweisgrund, d. h. „die Thatsache, aus welcher der Richter vermittelst seiner Reflexion die Bewiesenheit findet“ [a]), als Beweismittel dagegen erscheinen die Zeugen, Urkunden u. s. w., welche angeben, daß und wie gestanden ist.

Damit sind wir indeß einverstanden, daß die beweisende Kraft des außergerichtlichen Geständnisses auf seiner innern Glaubwürdigkeit beruht, welche stärker oder geringer sein wird, je mehr oder weni-

---

protestatus est, id in eundem casum infirmare. L. 13 in f. C. 4. 30. c. 10 X 2. 19.) Es bedarf keiner Acceptation und kann von der freiwillig selbstgeständigen Partei ohne Beweis eines Irrthums nicht revocirt werden.“ — Dagegen möchte sich die Sache bei folgender Betrachtung doch anders gestalten: Freilich der articulans ist von vorn herein der Aussage des Zeugen mit seinem eigenen Willen unterworfen, kann indeß, falls dieser nichts auszusagen weiß, sich darauf stützen, daß der Zweck, die Absicht bei der Aufstellung des Artikels nicht dahin ging, zu gestehen, sondern den Beweis zu führen, da der animus confitendi dabei nicht zu Grunde lag, auch nicht fingirt oder vermuthet werden darf. Für den Fall also, daß der Zeuge nicht dem Artikel gemäß aussagt, wäre der Artikel gar nicht als vorhanden anzusehen.

a) Vergl. Brakenhöft l. c. S. 253, II.

ger sich bei Berücksichtigung aller den Act des Gestehens begleitenden Umstände die Vermuthung rechtfertigt, daß es dem Confitenten mit der ihm selbst nachtheiligen Erklärung Ernst gewesen sei[a]).

In gewissen Fällen legen die Gesetze dem außergerichtlichen Geständnisse volle Beweiskraft ausdrücklich bei[b]); wo aber dieses

---

a) Wenn daher das Geständniß Gegenstand des Beweises wird, ist dieser nicht bloß auf das Vorgekommensein des Geständnisses selbst, sondern auch auf die Umstände zu richten, unter denen es vorkam. Vergl. Bethmann-Hollweg l. c. S. 315.

b) Vergl. nov. 117. c. 2. Praeterea etiam illud sancire nobis placuit, quod si quis filium vel filiam ex libera uxore, cum qua matrimonium consistere potest, suscepit, et in instrumento, sive publico, sive propria manu conscripto et subscriptionem trium testium fide dignorum habente, sive in testamento, sive sub actorum testificatione illum vel illam filium suum vel filiam esse dicat, nec addat naturales, liberi illi legitimi erunt, neque ab ipsis ulla alia probatio exigetur, sed omnibus juribus fruentur, quae legitimis liberis leges nostrae praebent, quippe quum illorum pater eos, ut dictum est, liberos suos vocaverit. Exinde enim eum etiam cum matre eorum legitimum habuisse matrimonium demonstratur, ut neque ab illa in fidem matrimonii alia probatio requiratur. Si vero pater, quum multos habeat ex eadem muliere liberos, uni ex illis quocunque ex praedictis modo testimonium praebuerit, sufficit reliquis etiam ex eadem muliere natis ad jura legitimorum uni eorum a patre datum testimonium.

L. 26 §. 1 D. 20. 1. Pater Sejo, emancipato filio, facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae. Quaerebatur: an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, quum patris se hereditate abstinuerit, nec metuere debeat ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, quum neque consensum suum accommodaverit patri aut signo suo, aut alia scriptura. Modestinus respondit: quum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserit, consensum ei obligationi dedisse, manifestum est.

§. 17. J. 3. 19. Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.

§. 8. J. 3. 20. In stipulationibus fidejussorum sciendum est genera-

nicht der Fall ist, wird dasselbe nur als die Prämisse eines künstlichen Beweises angesehen werden können, über deren Stärke dem Richter das Urtheil zusteht.

---

liter hoc accipi, ut, quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit, se fidejussisse, videri omnia solenniter acta.

Hierher gehören auch Quittungen über öffentliche Präſtationen (L. 14 C. §. 1. 4. 30. Ideoque sancimus, instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae, securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum, sive ex parte solutae esse conscribantur — — nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.), über 30 Tage alte Quittungen (§. 2 eodem: Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneratitii promittentes, vel si qua alterius cujuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias, vel alias res, vel partem earum significantes, intra triginta tantummodo dies post hujusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse objici, ut si hi transacti fuerint, eadem securitas a judicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere) und Bekenntnisse des Empfangs der dos nach den in Nov. 100 c. 2. (Ut igitur breviter dicamus, siquidem matrimonium intra biennium sive morte sive repudio solutum est, et ipsi marito de non numerata dote, et heredi ejus intra alium annum queri licet. Sivero ultra biennium usque ad decem annos matrimonium extendatur, marito ejusque heredi intra tres menses querelam damus etc.) bestimmten Fristen (vergl. auch L. 3 C. 5. 15. und Auth. de temp. non sol. pec.), sofern nicht etwa auf die innerhalb aller in den angeführten Stellen gedachten Fristen geltend zu machenden Rechtsmittel verzichtet worden ist. Letzteres kann indeß nicht in den Empfangsbekenntnissen selbst auf wirksame Weise geschehen, da sonst der Zweck, den die Gesetze bei Bestimmung jener Fristen vor Augen hatten (s. darüber S. 149 Note a), unerreicht bliebe, indem sich nämlich annehmen läßt, daß der Verzicht wie das Empfangsbekenntniß selbst in der Erwartung zu erhaltender Zahlung der Urkunde einverleibt ist. Vergl. Glück l. c. Bd. 12. S. 155. Pufendorf, observ. tom. I. Nr. 64 §. 5. Ganz neue Ansichten über die

§. 12.

In Fällen dieser Art wird es immer darauf ankommen, festzustellen, inwiefern die Umstände, unter denen das Geständniß erfolgte, die Annahme des animus confitendi rechtfertigen. Eine dringende Vermuthung dafür liegt dann vor, wenn der Gestehende annehmen konnte, daß von seiner Aeußerung werde Gebrauch gemacht werden. Aber diese Präsumtion rechtfertigt sich dennoch nicht immer. Es ist eine nicht zu leugnende Thatsache, daß Menschen aus Scherz, Leichtsinn oder Prahlerei mitunter Dinge sagen, die ihnen, wenn sie rechtlich als wahr angenommen würden, sehr nachtheilig sein könnten[a]), und selbst aus ernster, löblicher Absicht[b]) z. B. in Erwartung einer künftigen Thatsache, wie bei Empfangsbekenntnissen, Erklärungen im Widerspruch mit der Wahrheit zum eigenen Nachtheile abgeben, — Fälle, aus denen man nicht Beweis herleiten kann, ohne hart zu sein und dem Umgange einen unnöthigen Zwang anzulegen. Vollkommen gerechtfertigt muß dieses aber da erscheinen, wo der Gegner dessen, der sich also äußert, ein Recht hatte, Angabe der Wahrheit zu erwarten, namentlich bei Abschluß von Rechtsgeschäften[c]), ferner bei gerichtlichen oder überhaupt Verhandlungen vor einer Obrigkeit, obwohl hier diejenigen Aeußerungen, welche das gerade den Gegenstand der Verhandlung bildende Verhältniß betreffen, schwerer in die Wagschale fallen, als die nicht nothwendig zur Sache gehörigen[d]).

---

hier behandelten Fragen hat zwar neuerdings Bähr aufgestellt (Vergl. auch Brinz, Pand. Abth. 1, §. 100); allein es dürfte zu weit führen, solche hier einer nähern Prüfung unterziehen zu wollen.

a) Vergl. Weber l. c. S. IV. 3.

b) Vergl. Bethmann-Hollweg l. c. S. 303.

c) Vergl. daselbst, auch Weber l. c.

d) Hat ein Geständniß, welches bei Antretung eines Beweises zum ewigen

Ferner läßt sich wohl annehmen, daß einem Geständnisse abgelegt in Gegenwart dessen, der an seinem Inhalte ein Interesse hat, eine stärkere Vermuthung der Wahrheit des letztern zukommt, als einem Dritten gegenüber abgelegten. Denn im erstern Falle fordern die Umstände den Confitenten viel dringender zu einem vorsichtigen Reden auf, da er annehmen muß, daß der Andere von seiner Aeußerung vorkommenden Falls Gebrauch machen wird; im letztern Falle ist die Erklärung als eine res inter alios gesta wohl an und für sich nicht geeignet, dem dabei nicht Gegenwärtigen die Befugniß zu geben, daraus eine Verbindlichkeit des Andern herzuleiten, gleichwohl würde dadurch dennoch immer eine Vermuthung erwachsen, die, wenn auch an und für sich noch so schwach, durch concurrirende Umstände corroborirt werden kann, wie z. B. dadurch, daß dieselbe Erklärung wiederholt andern Personen gegenüber in durchaus übereinstimmender Art unter verschiedenen Umständen abgegeben wurde. Ein schriftlich einem Dritten gegenuber abgegebenes Geständniß soll für den dadurch Betroffenen mehr Beweiskraft als ein mündlich erfolgtes haben, weil bei der Schrift mehr Ueberlegung vorauszusetzen wäre [a]).

§. 13.

Sieht man in einem außergerichtlichen Geständnisse nur die Prämisse zu einem künstlichen Beweise, so darf man auch ein Ge-

---

Gedächtniß gemacht wird, Beweiskraft? Als ein gerichtliches möchte solches Geständniß wohl nicht anzusehen sein, weil die Schrift, in welcher um Aufnahme des Beweises gebeten wird, kein Theil des Hauptprocesses ist, welcher damit in keinem innern Zusammenhange steht und denselben Gang geht, als wenn gar kein Beweis z. e. G. vorhanden wäre. Derjenige nun, der solchen nachsuchte, kann ihn fallen lassen, und in solchem Falle sind seine auf den Beweis bezüglichen Erklärungen anzusehen, als wären sie nie actenmäßige geworden, das Geständniß, was darin etwa vorkam, bindet den, der es abgab, also auch nicht. Vergl. Mittermaier im Archiv II. Nr. 30.

a) Vergl. Bayer l. c. S. 712, c. Aufl. 8.

ständniß in einer solchen Aeußerung finden, welche zwar nicht geradezu den in Frage stehenden Umstand einräumt, aber doch nicht wohl eine andere Deutung zuläßt. Ob eine Erklärung in diesem Sinne zu interpretiren sei, muß, wo nicht die Gesetze selbst uns darüber belehren[a]), vom Richter bestimmt werden.

Wenn man aus dem bloßen Schweigen die Richtigkeit eines bestrittenen Umstandes folgert, so gehört ein solcher Fall nicht eigentlich zum außergerichtlichen Geständnisse, so wenig als, wenn man hier trotzdem von stillschweigenden oder vermutheten Geständnissen redet, diese Ausdrucksweise sich rechtfertigt, und zwar theils aus den schon oben in Ansehung des s. g. stillschweigenden Geständnisses vorgetragenen Gründen (vergl. §. 9, IV.) und anderntheils, weil, wenn auch die aus dem Schweigen gezogene Schlußfolgerung sich rechtfertigen sollte, doch nie das Geständniß selbst als erfolgt, sondern nur dasjenige für nachgewiesen angenommen wird, was der Inhalt des Geständnisses gewesen sein würde.

§. 14.

Gegen ein außergerichtliches Geständniß ist stets Gegenbeweis zulässig, d. h. nicht nur, falls das Geständniß selbst Gegenstand des Beweises wird, der Beweis, daß es nicht Statt gefunden habe, sondern auch dahin, daß der Inhalt des Geständnisses ein unwahrer sei. Dieses bestätigt sich aus den Gesetzen dadurch, daß das römische Recht selbst gegen die beweisendste Art des außergerichtlichen Geständnisses, nämlich das schriftliche, Gegenbeweis

---

a) z. B. L. 5. L. 6. §. 3. D. 3. 2. Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. — Pactus sic accipimus, si cum pretio quantocunque pactus est; alioquin et qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus, nec erit veniae ulla ratio, quod est inhumanum. Qui jussu Praetoris pretio dato pactus est, non notatur. L. 18. C. 2. 12. L. 18 C. 2. 4. L. 4 D. 49. 14.

zuläßt, andererseits geht es auch daraus hervor, daß wider eine jede Vermuthung (als worauf doch beim außergerichtlichen Geständnisse Alles hinausläuft) ein Gegenbeweis zulässig ist, selbst dann, wenn dieselbe durch das Gesetz sanctionirt ist[a]).

Solcher Beweis der Unwahrheit des Inhalts eines Geständnisses läßt sich häufig schon dadurch erbringen, daß man den Beweggrund darlegt, in Folge dessen man zu dem Geständnisse kam, und dergleichen Gründe können sehr verschieden sein[b]).

---

a) Die auch wohl als praesumtio juris et de jure bezeichnete Fiction ist hiervon wohl zu unterscheiden. Man ist zweifelhaft, ob solche von den Gesetzen rücksichtlich der in der Note b S. 144 gedachten Empfangsbescheinigungen, die das daselbst bezeichnete Alter haben, ausgesprochen ist. Dieses muß indeß verneint werden, denn die Gesetze haben solche Fiction in der That gar nicht angeordnet, sie sagen nur, das in den Bescheinigungen enthaltene Geständniß solle vor einer gewissen Zeit als Beweisgrund nicht wirksam sein, die als Beweismittel anzusehende Urkunde (§. 11 z. A.) tritt also erst mit Ablauf der gesetzlich verordneten Fristen in diejenige Kraft, die andere derartige Beweismittel auch schon früher haben. Vergl. Puchta, Pand. §. 287, und Göschen, Pand. §. 478. Diese Ansicht wird noch durch folgende Betrachtung unterstützt:

Oft fertigt Jemand eine Urkunde der fraglichen Art aus in der Hoffnung, auf Production derselben sofortige Zahlung zu erhalten. Ist nun der Debitor durch Zusendung oder auf andere Weise vor der wirklichen Zahlung in den Besitz der Urkunde gelangt, so soll zur Verhinderung eines von ihm daraus zu ziehenden unerlaubten Vortheils dem Gläubiger binnen der gesetzlichen Frist die Möglichkeit gegeben sein, sich mit der Behauptung, daß er nichts erhalten habe, zu schützen. Läßt er die Frist verstreichen, so verdient er nun nicht weitere Berücksichtigung mehr, aber man kann, da gezeigtermaßen die ganze gesetzliche Bestimmung nur zu seinem Gunsten getroffen ist, nicht annehmen, daß er nun mit einem Male schlimmer daran sein soll als andere Aussteller schriftlicher Geständnisse.

b) Daß es hier nicht bloß auf Irrthum ankomme, und selbst dann, wenn Jemand widerrechtlich die Unwahrheit gesagt haben sollte, der wahre Sachverhalt doch immer den Ausschlag geben müsse, vertheidigt Bethmann-Hollweg l. c. S. 316.

VI.

Ueber die Notorietät.

§. 1.

Den früher allgemein für unumstößlich gehaltenen Satz: notoria non egent probatione hat man in neuerer Zeit mehrfach bestritten, und dennoch erscheint er als ein so natürlicher, daß er, selbst wenn es an bestimmten ihn bestätigenden Aussprüchen unserer Rechte fehlte, um seines innern Werths willen vollen Anspruch auf Anerkennung machen dürfte.

Notorische Thatsachen nennen wir diejenigen, die Jedermann im Volke oder in einer Abtheilung desselben in dem Grade bekannt sind und glaubhaft erscheinen, daß nur böser Wille sie zu leugnen wagen kann[a]).

Das canonische Recht verordnet an verschiedenen Stellen[b]),

---

a) Vergl. Boehmer J. E. P. II. tit. 1 §. 9. „id, de quo publice constat" Bayer Civilproceß, Aufl. 8 S. 720 „... öffentlich und zwar mit „solcher Gewißheit bekannt, daß ein Wegleugnen nur als eine Chicane betrach„tet werden könnte". Strykii opera tom. 12 disp. 4 c. 1 §. 15 „... quod omnibus vel plerisque ita manifestum et evidens, ut nullo modo a quovis in dubium vocari possit." — Ueber das Ganze vergl. des Verf. dissertatio de notoriis, natura eorum et auctoritate in processu civili. Götting. 1856.

b) z. B. c. 3 X 2. 20. c. 10 X 1. 17. c. 8 X 3. 2. Tua nos duxit fraternitas consulendos, si de clericis publice concubinas habentibus, si quando a te conveniuntur, se esse concubinarios, diffitentur,

daß Notorisches keines weitern Beweises bedürfe, vielmehr auf Grund der Notorietät Untersuchungen eingeleitet werden dürfen, ja! daß sogar eine Entscheidung darauf basirt werden kann.

Man hat nun hierin eine der richterlichen Willkühr Vorschub leistende Anmaßung der Päbste erblickt, und die Anwendung der canonischen Sätze über Notorietät als gefährlich und — zumal sich zwischen dem Notorischen und zu Beweisenden weder eine bestimmte Grenze finden lasse, noch Anhaltspunkte dafür aus den Gesetzen hergeleitet werden können — als mit dem Geiste des heutigen Civilprocesses unverträglich angesehen. Zur mehreren Unterstützung dieser Ansicht pflegt man dann noch anzuführen, daß der Canon selbst nicht die fraglichen Sätze für Civilproceß-, sondern nur für Disciplinar-Sachen des Clerus aufgestellt habe[a]), weßhalb eine Anwendung auf erstere um so weniger sich rechtfertige, als weder das römische noch das germanische Recht etwas von einer den Beweis überflüssig machenden Notorietät wisse[b]).

Dagegen ließe sich aber wohl Manches einwenden!

---

nec apparet contra eos legitimus accusator, credendum sit testimonio bonorum virorum, inter quos vivere dignoscuntur. Nos igitur consultationi tuae taliter respondemus, quod si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, in eo casu nec testis, nec accusator est necessarius, quum hujusmodi crimen nulla possit tergiversatione celari. etc. c. 3 X 4. 13. De illo, qui uxorem fratris, antequam ei matrimonio jungeretur, se proposuit cognovisse: respondemus, quod nisi hoc publicum et notorium fuerit, aut idoneis testibus comprobatum, praedictum matrimonium occasione illa ipsum impetere non permittas. c. 13 X 5. 3. c. 14 X 2. 28. c. 17. C. 2 qu. 1. De manifesto et noto pluribus non sunt quaerendi testes, ut sanctus Ambrosius in epistola ad Corinthios dixit, de fornicatore sententiam exponens apostoli. — Cognito opere isto pellendum illum fuisse de coetu fraternitatis apostolus censuit. Omnes enim crimen ejus sciebant et non arguebant. Publice enim novercam suam loco uxoris habebat, in qua re neque testibus opus erat, neque tergiversatione aliqua tegi poterat crimen.

a) Conf. Boehmer l. c. tit. 1 §. 5.

b) Vergl. Weber l. c. III, 2.

§. 2.

I. Zunächst nämlich ist es keineswegs gegründet, daß das canonische Recht bloß die Disciplin des Clerus im Auge hat[a]), und selbst, wenn dieses der Fall wäre, würde, da der Grund der canonischen Bestimmungen sich auch im Civilprocesse wiederfindet[b]), deren Uebertragung auf den Civilproceß sich wohl rechtfertigen.

II. Was das römische Recht anlangt, so geben wir zwar zu, daß unter »notoria« bei den Römern etwas Anderes verstanden wurde als bei uns. Bei ihnen hießen so die Berichte derjenigen, welche Vergehen zur Anzeige brachten[c]). Der Name thut indeß nichts zur Sache, und was diese anlangt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Römer darüber nicht anders gedacht haben als wir.

Schon die Stellung des judex zur Zeit des ordo judiciorum privatorum läßt dieses annehmen. Der judex urtheilte nach Art unserer Geschworenen nach innerer Ueberzeugung, durch Beweisregeln wenig oder gar nicht gebunden; dabei läßt sich nicht denken, daß er über öffentlich für wahr gehaltene Thatsachen sollte Beweis verlangt haben.

---

a) Vergl. Bayer l. c. S. 720. „Allein c. 3 X 2. 21 muß sowohl dem Inhalte und der Fassung nach als auch in Hinsicht auf die Ueberschrift des Titels, in dem es steht, — allgemein verstanden werden, und die Praxis hat jene Bestimmung des canonischen Rechts immer unbedenklich auf den Civilproceß angewandt." Vergl. auch c. 3 X 4. 13 cit.

b) Linde l. c. §. 254. „Das canonische Recht ..... entscheidet nach Grundsätzen, die ihrer innern Natur wegen im Civilprocesse bindend sind."

c) L. 6 §. 3 D. 48. 19. ,,Nunciatores, qui per notoria indicia produnt, notoriis suis assistere jubentur." L. 7. C. 9. 2. ,,Ea quidem, quae per officium praesidibus denunciantur, et circa solennia accusationum posse perpendi incognitum non est. Verum si falsis necne notoriis insimulatus sit, perpenso judicio discipi debet. S. auch Stryk l. c. disp. 4, c. 1 §. 7, wo er die Meinung des Gerh. Voß widerlegt.

Wenn nun auch nach dem Aufhören des ordo judiciorum privatorum der Richter allerdings einige Beweisregeln zu beachten hatte, so blieb nichts desto weniger seine Stellung noch immer so frei, daß er dem Satze »notoria non egent probatione«, obwohl er ihn nicht schwarz auf weiß hatte, huldigen durfte. Die L. 3 §. 2 D. 22. 5. dürfte dieses bestätigen[a]).

Ferner lehrt uns L. 213 §. 2 D. 50. 16. »Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt«[b]) und in der L. 9 §. 2 D. 22. 6 heißt es: »Sed facti ignorantia ita demum non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur, quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.« Wie wäre es denkbar, daß die Römer über Sachen der hier bezeichneten Art sollten Beweis verlangt haben, so daß also die lata culpa negantis[c]) dem Gegner den Beweis aufgebürdet hätte?

III. Daß die Notorietät im altgermanischen Rechte eine bedeutende Rolle spielt, läßt sich noch deutlicher nachweisen.

Man bedenke doch nur, daß die Versicherung eines freien Mannes bei unsern Urvätern eine höhere Bedeutung hatte als heut' zu Tage selbst eine eidliche Betheuerung. Fama und rumor — allerdings besser begründet und bewährt als in unsern Tagen —

---

a) „. . . sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem.“ Vergl. auch Zimmern, Rechtsgeschichte III. §. 132 a. E.

b) Daß man diese Stelle nicht mit Linde §. 254 von „begreifen“ zu verstehen braucht, ergiebt eine Vergleichung der folgenden L. 9 cit.

c) Nur derjenige, welcher der Thatsache wirklich unkundig war, durfte leugnen, jeder Andere hätte mala fide geleugnet, mithin würde in solchem Falle den Gegner noch weniger ein Beweis haben treffen können.

waren gemeinhin schon genügend, Zweifel zu beseitigen, viel mehr mußte also die Notorietät, als das majus, eine Wirkung hervorbringen, welche die Kraft des minus in dem Grade überstieg, daß keinem Zweifel mehr Raum gelassen war [a]).

Auch waren es bei den alten Germanen ja nicht etwa Einzelne, die zu Gericht saßen, sondern das gesammte Volk war zum Rechtsprechen berufen. Somit konnte doch wohl kein Beweis über Thatsachen verlangt werden, von denen sich ohnehin Jedermann in diesem Richterhaufen überzeugt hielt. Selbst als später Schöffen an Stelle des gesammten Volks die Rechtspflege übten, blieb dem s. g. Umstande noch immer eine gewisse Mitwirkung, indem die Schöffen bald Einzelne aus ihm über zweifelhaft scheinende Thatsachen befragten, bald die Umstehenden durch Acclamation ihre Ansicht von der Richtigkeit solcher facta zu erkennen geben konnten, von denen etwa das Gericht nicht überzeugt sein mochte. Auf solche Weise manifestirte sich ja gerade die Notorietät.

Es kommt noch ein ferneres Moment in Betracht: Lange Zeit hindurch hielt man vorzugsweise nur [b]) die s. g. Nachbarzeugen für beweistüchtig, d. h. solche, welche aus ihrer täglichen Erfahrung über Dinge, die ihnen vor Augen lagen, deponirten, wobei es nicht gerade auf Angaben de veritate ankam, sondern auch das Urtheil der Zeugen, welches sich auf Notorietät stützte, genügen konnte.

Den besten Nachweis endlich finden wir in dem Institute der s. g. Consacramentalen. Diese bestätigten häufig die Unschuld eines Mannes, obwohl sie lediglich von der fama sich leiten ließen [c]),

---

a) Vergl. Planck, Beweisurtheil S. 138.

b) D. h. außer den s. g. gebetenen Zeugen, d. h. solchen, die zu einer Handlung besonders zugezogen waren.

c) Vergl. S. 19. 20. — S. Rogge l. c. S. 137, 3. S. 132. „Mit der größten Kühnheit traten oft ihrer zwölf und mehrere hin und verpfän-

ein Umstand, der wahrlich nicht zum Beweise genügt haben würde, wenn unsere Vorväter nicht starkes Gewicht auf Notorietät gelegt hätten.

Nach ihr durfte auch der altgermanische Richter um so eher urtheilen, als ja im Falle einer mißliebigen Entscheidung des Gerichts die Streitsache zur Entscheidung der Gottheit verstellt werden konnte, wo denn die lautere Wahrheit sich offenbaren mußte, wenn das Gericht sich getäuscht hatte.

Unter so bewandten Umständen kann nicht angenommen werden, daß die Päbste durch ihre die Notorietät betreffenden Aussprüche etwas eingeführt haben, was nicht bereits im deutschen Rechte sich vorgefunden hätte; sie haben im Gegentheile nur, was deutsches Recht und deutsche Sitte anerkannte, bestätigt, ja! noch mehr eingeschränkt, indem sie dem Richter die Mahnung zugehen ließen, vorsichtig zu sein. Conf. §. 14 X 2. 28. »Quum multa dicantur notoria, quae non sunt, providere debes, ne, quod dubium est, pro notorio videaris habere.«

Trotzdem fehlt es nicht an Juristen, welche behaupten, daß wenigstens durch deutsche Gesetze aus späterer Zeit die Grundsätze des canonischen Rechts verworfen seien. Aber den desfallsigen Beweis bleiben uns die Anhänger dieser Ansicht schuldig, man kann kein Gesetz dafür anführen. Vergeblich hat man sich insonderheit auf die Carolina berufen. So Weber l. c. III 2, wo er sagt, „Carl V. setzte seine Gerichtsordnung auch diesem Unwesen entgegen". Allerdings will der Kaiser durchaus nicht dulden, daß eine Bestrafung Statt finde, ohne daß ein vollständiger Beweis des Verbrechens vorliegt, aber keineswegs hat er der Notorietät alle Bedeutung abgesprochen. Deutlich zeigen das die Worte des

---

beten ihre Seele für die Unschuld eines Mannes, ohne von der Thatsache, worauf es ankam, das Mindeste zu wissen."

Art. 16 . . . „offenlich vnd vnzweiffenlich ist oder gemacht wird" „als so eyner ein offenlicher mutwilliger feindt vnd friedbrecher wär" . . . „In solchen vnd dergleichen offenlichen vnd vnzweiffelichen Uebelthaten soll jn der Richter mit peinlicher ernstlicher frage zur bekantnuß der warheyt halten" u. s. w. In seinem Streben nach Ermittelung materieller Wahrheit in Criminalsachen geht der Kaiser so weit, daß er nicht einmal im Falle eines Geständnisses — bei dessen Vorhandensein es doch im Civilprocesse auf Beweis nicht weiter ankommt — sich genügend überzeugt hält[a]); kein Wunder also, daß er auch mit bloßer Notorietät nicht zufrieden ist. Die Uebertragung eines strafproceßrechtlichen Satzes in den Civilproceß paßt aber überhaupt nicht, weil es sich in letzterem nicht um Herstellung materieller Wahrheit handelt.

§. 3.

Ganz derselbe Gedanke, von dem die Römer und alten Deutschen ausgegangen sind, muß auch heutigen Tages uns zu der Annahme führen, daß allgemein in einem größern oder kleinern Kreise für glaubwürdig gehaltene Thatsachen eines Beweises nicht bedürfen. Es gilt ja im Civilprocesse nur, formelle Wahrheit herzustellen, und kommt also nur darauf an, daß das Proceßrecht in dieser Beziehung hinreichend sichere Anhaltspunkte liefere, die eine Garantie gegen richterliche Excesse im Glauben und Zweifeln

---

a) Vergl. Art. 54 der p.GO. „So obbemeldte Fragstück auf Bekänntniß, die aus, oder ohne Marter geschieht, gebraucht werden, so soll alsdann der Richter an die End schicken, und nach den Umständen, so der Gefragte der bekannten Missethat halber erzehlt hat, so viel zur Gewisheit der Wahrheit dienstlich, mit allem Fleiß fragen lassen, ob die Bekänntniß der obberührten Umstände wahr seyn, oder nicht. Denn so einer anzeiget die Maß und Form der Missethat, als vor zum Theil gemeldt ist, und sich dieselben Umstände also erfunden, so ist daraus wohl zu mercken, daß der Gefragte die bekannte Missethat gethan hat, sonderlich, so er solch Umstände saget, die sich in der Geschicht haben begeben, die kein Unschuldiger wissen kann."

bieten. In diesem Sinne setzt ihm das Gesetz gewisse Grenzen, indem es Punkte angiebt, wo er annehmen soll, eine Sache sei bis zu dem Grade wahrscheinlich geworden, daß die Wahrscheinlichkeit menschlicher Einsicht und Erfahrung nach der Wahrheit gleichgeachtet werden mag. Solches nehmen wir u. A. an, wenn die beschworenen, dem Beweissatze völlig gleichlautenden Aussagen zweier classischer Zeugen vorliegen, oder wenn die Partei die Wahrheit ihrer Behauptung eidlich erhärtet. Erwägt man nun, daß erfahrungsmäßig dergleichen Versicherungen aus Leichtsinn oder absichtlich mitunter im Widerspruch mit dem eigentlichen Sachverhalt abgegeben werden, so begreift sich schwer, wie sie mehr Garantie bieten sollen als der Umstand, daß eine im Processe zweifelhaft gemachte Thatsache allgemein für wahr gehalten wird[a]).

Es liegt also keine Gefahr richterlicher Willkühr in der Annahme des Satzes »notoria non egent probatione«, vorausgesetzt, daß der Richter bei dem wahrhaft Notorischen stehen bleibt. Die Grenzen der Notorietät soll er stets im Auge behalten, und daß dieses keineswegs so unausführbar ist, wie unsere Gegner meinen, soll jetzt gezeigt werden.

§. 4.

Vor allen Dingen darf man Notorietät nicht mit einem bloßen Gerüchte, fama, rumor verwechseln. Allerdings legen die Rechte

---

a) Vergl. Linde l. c. §. 254. „Die Proceßlehrer suchen nicht selten die Ungültigkeit des canonischen Rechts zu beweisen und die ganze Lehre von der Notorietät, als ein Hirngespinnst, aus dem Processe zu verdrängen, und sonderbar genug nennen sie dann wieder den Richter, der bei vorhandener Notorietät auf Beweis interloquirt, einen Automaten, und heißen über das Notorische Beweis fordern die juristische Wahrheit zur Absurdität steigern.“ Einen guten Nachweis der nothwendigen Annahme einer Notorietät liefert Puchta, Gew. Recht II, S. 163 Note 16.

auch auf diese einiges Gewicht[a]), welches nach Umständen verschieden sein kann, allein es ist doch niemals zu vergessen, was schon Samuel Stryck[b]) sagt: »quod notorium est, illud quoque pro fama publica potest haberi, sed non vice versa. Ut enim aliquid sit notorium, requiritur, ut plerisque constet de veritate facti, ast multa complectitur fama publica, quae tamen in evidentia rei non consistunt, sed si accuratius investigatur, mera sunt mendacia. Unde, quamvis notorium sit, hoc vel illud factum ab omnibus sciri et recenseri, nemo tamen sibi persuadeat velim, quod ipsum factum sola fama reddat evidens et notorium. Agnoscunt etiam hoc doctores, hinc plerumque famam inveteratam et indubitatam requirunt.«

Das Gerücht also muß von der öffentlichen Meinung für ein glaubwürdiges gehalten werden, die Ueberzeugung des Volks oder einer Abtheilung desselben ist das Characteristische der Notorietät.

Es ist kein Widerspruch, wenn man dem Richter verbietet, das, was er außerhalb eines Processes in Erfahrung gebracht hat, in diesem als wahr zu behandeln, und zugleich behauptet, er solle auf die Stimme des Volks sehen. Denn es liegt ein merklicher Unterschied zwischen des Richters Privatwahrnehmung und darauf gebauter Ueberzeugung, und andererseits demjenigen, wovon sich Alle oder doch sehr Viele überzeugt halten. Jene ist das unzuverlässige Resultat der Beobachtung eines Einzelnen, der sich leicht irrt, voreilige Schlüsse zieht, bei seinen Beobachtungen Manches übersieht, — diesem dagegen legen wir deßhalb Glaubwürdigkeit bei, weil es der Prüfung Aller unterlegen hat, von Allen für so richtig genommen wird, daß es als böser Wille erscheint,

a) L. 3 §. 2 D. 22. 5. c. 13 X 2. 19. c. 27. X 2. 20.
b) l. c. c. 1 §. 15.

wenn trotzdem der Einzelne zweifeln will. Der mala fides soll aber niemals vom Richter Vorschub geleistet werden, daher er auch keine Beweise aufnehmen darf, die lediglich der Chicane Genüge leisten würden[a]).

Man könnte einwenden, der Richter habe doch den Umstand, daß etwas notorisch sei, jedenfalls nur privatim in Erfahrung gebracht. Allerdings wird es in der Regel so sein. Indeß wir müssen bedenken, daß es sich hier nicht um eine durch einmalige Beobachtung erkennbare Handlung oder Begebenheit handelt, sondern um etwas, was sich nur durch eine Reihe von Beobachtungen und Schlüssen erkennen läßt. Die der richterlichen Conclusion als Basis dienenden Umstände lassen sich nicht wohl hinter dem Gerichtstische und während der Dauer eines Rechtsstreits erkunden. Die Thätigkeit des Richters behuf Constatirung der Notorietät besteht in einem Abwägen der Resultate längerer Erfahrungen, er hat es mit dem Inhalte der Acten gar nicht zu thun, nicht auf die s. g. gesta judicii zu sehen, sondern nach Vernunft und Erfahrung zu urtheilen. Wenn nun die Gesetze überhaupt eine Notorietät mit der Wirkung der dadurch herbeigeführten juristischen Gewißheit annehmen, ja! den Richter sogar verpflichten, sie zu berücksichtigen[b]), so müssen sie ihm auch ge-

---

a) Vergl. Puchta, Gew. Recht Bd. 2 S. 162. „Bewiesen zu werden braucht nicht .... eine Thatsache, die von dem Gegner nicht in Abrede gestellt werden kann. Dahin gehört nun auch eine solche, von deren Wahrheit der Gegner überzeugt sein muß, wenn er auf den Namen eines verständigen Mannes Anspruch machen will, bei deren Ableugnung ihn also die Alternative einer böswilligen Chicane oder unverantwortlicher Ignoranz treffen würde. Eine solche Thatsache heißt eine notorische u. s. w.

b) Das canonische Recht thut dieses entschieden. Der Umstand, daß römische und deutsche Gesetze es wenigstens nicht ausdrücklich thun, nimmt den canonischen Bestimmungen nicht ihre Kraft. Es ist ja nichts Ungewöhnliches, daß letztere Geltung haben, obwohl jene andern Gesetze sie nicht bestätigen, und es ist, wenn die canonischen Vorschriften, wie in unserm Falle, lediglich

statten, sich der zur Constatirung der Notorietät nothwendigen Mittel und Wege zu bedienen. Dazu kommt, daß sie in einem ganz ähnlichen Falle der außerhalb der Processe angestellten Beobachtung des Richters Glauben beimessen, indem sie nämlich dem Richter zur Pflicht machen, jederzeit (nicht bloß, wenn es in einem Processe darauf ankommt), nach dem Bestehen von Gewohnheitsrechten zu forschen und seine außerhalb des Processes gemachten Erfahrungen für vorkommende Entscheidungen zur Basis zu nehmen. Beim Gewohnheitsrechte handelt es sich um Constatirung desselben Moments, worin das Wesen des Notorischen besteht, — um Feststellung der opinio publica.

In dem Vorgetragenen liegt schon angedeutet, daß nicht schon, was der Richter im dienstlichen Wege in Erfahrung gebracht hat, deßhalb als notorisch angesehen werden darf. (Manche sprechen allerdings von „Gerichtsnotorietät", — ein Ausdruck, mit dem gar arger Mißbrauch getrieben wird.) Was der Richter auf diese Weise in Erfahrung bringt, muß actenmäßig werden, wenn es vollen Glauben haben soll[a]). In diesem Falle wird es aber nicht gewiß, weil es notorisch ist, sondern die Acten liefern den Beweis.

§. 5.

Wollte man fragen, wie groß die Anzahl derer sein müsse, die an die Wahrheit einer Thatsache glauben, wenn das Vorhandensein der Notorietät angenommen werden darf, so läßt sich darauf eine allgemeine Antwort nicht ertheilen. Wir haben es hier mit

---

eine Forderung des gesunden Menschenverstandes anerkennen, das Schweigen anderer Gesetze sehr natürlich daraus zu erklären, daß die Gesetzgeber eine solche besondere Sanction gar nicht für nöthig gehalten haben.

a) D. h. wenn der Richter dergleichen auf andere Weise versichert, legt er lediglich ein Privatzeugniß ab, welches freilich eines besondern Vertrauens werth ist.

einer quaestio facti zu thun, deren Entscheidung, wie in so manchen andern Fällen, dem richterlichen Ermessen anheimgegeben ist. Der Richter hat nach allen aus den jedesmaligen Umständen sich ergebenden, zur Bildung seines Urtheils dienlichen Gründen zu forschen, solche sorgfältig zu prüfen und dann nach seiner innern Ueberzeugung zu entscheiden. Er wird vornehmlich erwägen, ob es sich um eine Thatsache handelt, welche einen weitern oder engern Kreis interessirt, — ob sie bloß diesem oder auch jenem erstern bekannt sein kann, — ob zur Erkundung derselben besondere Kenntnisse (z. B. des Lesens) und Geschicklichkeit gehören, oder ob auch Menschen von gewöhnlicher Bildung, oder selbst der Einfältigste zur Kenntnißnahme befähigt zu halten sind u. s. w. Zur Unterscheidung des rumor, der fama und andererseits der Notorietät kommt es wesentlich auf die Zeit an, während der sich ein Gerede erhält, auf die Beschaffenheit der dasselbe begleitenden Umstände, ferner darauf, ob der Persönlichkeit derer, die solches Gerede vernehmen und verbreiten, viel oder wenig zu trauen, ob sich leicht oder schwer hinter die Wahrheit kommen ließ, so daß es sich hätte entdecken müssen, wenn an dem Gerede nichts Wahres war, u. s. w.

Mit Rücksicht auf dergleichen Anhaltspunkte pflegen unsere Processualisten zu unterscheiden:

1. Menschenkundigkeit. Hierher rechnen sie die Kunde solcher Dinge, von denen jeder vernünftige Mentsch durch die tägliche Erfahrung, den gewöhnlichen Lauf der Dinge sich belehren lassen, kann und soll.

2. Volkskundigkeit, d. h. Kenntniß solcher Dinge, die jedem Einwohner im Staate bekannt sind, wenigstens bei Anwendung geziemender Aufmerksamkeit bekannt sein können und müssen. L. 9 D. §. 2. (22. 6.)

3. Ortskundigkeit. Hierher würden diejenigen Dinge gehören, die sich in einem Dorfe, einer Stadt oder einer Gemeinde

anderer Art so öffentlich zutragen, daß jeder Einwohner oder sich daselbst temporär Aufhaltende davon weiß, wenigstens ohne Mühe davon wissen kann, und zwar meistens um so leichter, je kleiner der Kreis ist, in dem sich etwas begeben hat.

§. 6.

Verschieden beantwortet man die Fragen:

1) ob der Richter nur dann, wenn sich eine Partei auf Notorietät berufen hat, oder auch ohne solche Berufung auf Notorietät Rücksicht zu nehmen habe, und

2) ob er, wenn ihm Zweifel an dem Vorhandensein einer behaupteten Notorietät bleiben, dieselbe zum Beweise verstellen dürfe?

In Ansehung der ersten Frage kann man wohl unbedenklich annehmen, daß der Richter, welcher von der Notorität einer Thatsache überzeugt ist, auch ohne von der Partei darauf hingewiesen zu sein, die fragliche Thatsache als keines Beweises bedürftig zu behandeln hat. Denn wo bereits Gewißheit vorliegt, würde jede Beweisführung überflüssig, also nach §. 50 des j. R. A. unzulässig sein.

In Ansehung unserer zweiten Frage unterschieden die alten Processualisten:

a) notorium facti permanentis, i. e. quod factum est, factique continuationem habet et quotidie adhuc in oculis occurrit,

b) notorium facti interrupti, i. e. ubi non est actus continuus, sed interruptus et varie iteratus,

c) notorium facti transeuntis, i. e. quod factum est, sed continuationem nullam habet, ideoque tantum in memoria de praesenti conservatur,

und verlangten in Ansehung nur des letzten (not. facti transeunt.)

Beweis. Indeß, daß damit unsere Frage nicht entfernt beantwortet wird, bedarf keines Beweises, und wir würden die ganze Unterscheidung nicht einmal referirt haben, geschähe es nicht, um dem Leser zu veranschaulichen, wie wenig klar man sich früher über die Sache war [a]).

Richtiger dürfte sich unsere Frage so beantworten:

1. Besteht über die von einer Partei behauptete Notorietät zwischen dieser und der andern Partei kein Streit, so wird der Richter über diesen Punkt überall nicht weiter zu urtheilen haben, also auch keinen Beweis verlangen.

2) Ist dagegen von einer Seite die Notorietät bestritten, so hat der Richter alle Gründe zu hören, welche die bestreitende Partei vorzubringen vermag, um ihn vom Nichtvorhandensein der Notorietät zu überzeugen, er hat diese mit den von der Gegenpartei zur Unterstützung ihrer Behauptungen vorzutragenden Momenten zu vergleichen, und unter Berücksichtigung seiner eigenen Erfahrung (nach welcher allein er ja hätte urtheilen dürfen, wenn die Parteien die Notorietät überall nicht zur Sprache gebracht hätten) nach seiner innern Ueberzeugung für oder gegen die Notorietät zu erkennen [b]), im letztern Falle also Beweis der für notorisch ausgegebenen Thatsache zu verlangen. Niemals aber kann er die Notorietät selbst zum Gegenstande eines Beweises machen.

Letzteres wird auch von den meisten Rechtslehrern zugegeben, indeß aus einem ganz unrichtigen Grunde.

Man beruft sich nämlich vornehmlich darauf, daß durch solche Beweisauflage der die Notorietät Behauptende in eine schlimmere

---

a) Erst Samuel Stryck machte hierauf aufmerksam l. c. cap. 2 §. 6 „parum vel nihil has distinctiones ad dissolvendos hosce nodos facere, ego quidem existimo".

b) Dabei muß er stets der Vorschrift des c. 14 X 2. 28 eingedenk sein, also niemals etwas für notorisch erklären, wenn er nur im geringsten zweifelt.

Lage versetzt werden würde, als wenn er das factum selbst beweisen sollte, was er für notorisch ausgiebt. So argumentirt z. B. Böhmer l. c. II. tit. 19 §. 2. und Gesterding (Ausbeute von Nachforschungen II. p. 253.), welcher sogar sagt: „Ja! man kann wohl sagen, daß ein solcher Beweis so gut als unmöglich sein würde, denn da es hier darauf ankommt, daß Alle etwas wissen, so würde es nicht genug sein, den Mevius und Titius zu befragen, sondern es müßten Alle vernommen werden". Diese Argumentation ist einestheils viel zu einseitig, da sie bloß den Zeugenbeweis vor Augen hat, an einen künstlichen und einen Beweis mittelst anderer Beweismittel und Beweisgründe gar nicht denkt, und mit gleichem Grunde wie auf den Beweis auch auf den Fall Anwendung finden würde, wo der Richter ohne Beihülfe der Parteien die Notorietät constatiren will[a]); andererseits ist es durchaus nicht undenkbar, daß sich die Notorietät einer Thatsache leichter beweisen läßt als letztere selbst. Man nehme doch nur den Fall: es handelt sich um ein in der Vergangenheit liegendes factum, kein Mensch aber ist mehr vorhanden, der es aus eigener Wissenschaft einbezeugen kann, dagegen findet sich eine Menge von Menschen, welche

---

Gegen die richterliche Anerkennung der Notorietät giebt es keinen eigentlichen Gegenbeweis, wohl aber kann das diese Anerkennung enthaltende Urtheil durch Rechtsmittel angefochten und hier gezeigt werden, daß sich der Richter geirrt hat. Auch muß in solchen Fällen der Oberrichter für befugt gehalten werden, den judex a quo zur Berichtserstattung über die Gründe der von ihm angenommenen Notorietät aufzufordern, schon deßhalb, weil des ersteren Gerichtsbezirk den des letztern mit umfaßt, ersterer also auch berechtigt ist, dasjenige, was in diesem Theile seines Gerichtssprengels notorisch ist, auszumitteln und zu dem Ende sich der Hülfe des Unterrichters zu bedienen. Da, wo nach dem Principe der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nur das in rechtliche Erwägung kommt, was in der öffentlichen Verhandlung vorgekommen ist, dürfte es den Parteien freistehen, den judex a quo in die öffentliche Sitzung des höhern Gerichts als Auskunftsperson laden zu lassen und das Gericht um Stellung bestimmter Fragen an ihn zu ersuchen.

a) Diesem müßte es also auch „so gut als unmöglich" sein, die Notorietät zu constatiren, folglich der Richter niemals etwas für notorisch halten können.

das factum durch Erzählungen ihrer Vorfahren als eine allgemein bekannte, überall nicht angezweifelte Sache sich haben mittheilen lassen, — sollte sich durch die Vernehmung solcher Menschen nicht die Notorietät constatiren lassen[a])?

Der Grund, kraft dessen es unzulässig erachtet werden muß, die Notorietät selbst zum Beweise zu verstellen, ist ein mehrfacher, ganz anderer.

Ganz richtig bemerkt Weber (l. c. III. 2.) „das Recht, worüber die Parteien streiten, hängt von der Wahrheit ihrer Behauptungen ab, nicht davon, ob sie notorisch sind, daher wird auch jene, nicht aber das letztere zu beweisen sein". Die Notorietät führt eine Partei ja nur deswegen an, damit sie mit dem Beweise des für notorisch ausgegebenen facti verschont werde. Verwirft der Richter ihre Intention, so muß sie zwar nun beweisen, aber es bleibt ihr überlassen, zu wählen, ob sie den erforderlichen Beweis auf natürliche oder auf künstliche Weise führen will. Zieht sie letzteres vor, so mag sie namentlich die Notorietät des zum Beweise verstellten facti darthun, denn gelingt ihr dieses, so ist das factum selbst außer Ungewißheit gesetzt. Diese Art der Beweisführung kann aber der Partei nicht vom Richter aufgedrungen werden, weil sie selbst zu entscheiden hat, wie sie den Richter überzeugen will, und es sehr wohl möglich, ja! wohl viel häufiger der Fall sein wird, daß sie ihren Beweis direct auf das factum selbst richtet.

---

a) Vergl. Linde l. c. §. 254. Note 11. „Wenn Notorietät juristische Gewißheit gewährt, so muß der Beweis, daß einstens etwas notorisch war, diese gleichfalls erzeugen. Der Beweis kann aber unter Umständen möglich sein, wo ein Beweis unmittelbar auf die Thatsache gerichtet nicht mehr zu liefern ist. Aus diesem Gesichtspunkte ist häufig die Beweiskraft der Geschichtschreiber zu beurtheilen." Die Wirkung solchen Beweises dürfte indeß dadurch vereitelt werden können, daß der Gegner darthut, wie man gegenwärtig nicht mehr glaube, was man früher für wahr hielt.

Es ist aber nicht bloß die bezeichnete Rücksicht auf den Beweispflichtigen, welche eine Verstellung der Notorietät zum Beweise unzulässig macht. Auch der Product kommt dabei in Betracht. Diesem steht es frei, zu beweisen, daß diejenigen Thatsachen, von denen der Gegner sein Recht abhängig macht, in der That sich anders verhalten oder gar nicht vorhanden sind. Es kann deßhalb ihm nicht einerlei sein, ob statt der Thatsachen die Notorietät derselben vom Richter zum Gegenstand des Beweises gemacht wird, denn im letztern Falle bliebe ihm nur der Beweis, daß die Notorietät in der That nicht vorhanden sei, und solcher dürfte allerdings in manchen Fällen schwerer sein, wenn nicht gar unmöglich, während sich der gegen die facta selbst gerichtete directe Gegenbeweis führen, wenigstens leichter führen ließe.

§. 7.

Häufig finden wir, daß eine Partei zum Beweise, daß in einem zum Jurisdictionsbezirke des Proceßrichters nicht gehörigen Kreise etwas notorisch sei, ein Attest des für den letzteren competenten Richters beibringt. Solches Attest ist ein Beweismittel, eine Urkunde, welche als öffentliche im Allgemeinen den derartigen Instrumenten zukommenden, insonderheit von seiner Begründung abhängenden Glauben verdient, denn auf die Notorietät zu achten und sie als vorhanden zu bestätigen, ist überhaupt einem Richter zuzugestehen. Darf er doch auch in den vor ihm anhängigen Processen auf Grund seiner außerhalb derselben gemachten Erfahrungen entscheiden. Aber gegen den Inhalt solcher Atteste ist dem, gegen welchen sie producirt werden, den Beweis der Unrichtigkeit zu führen erlaubt[a]).

---

a) Vergl. Gensler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 4 S. 284.

VII.

Ueber den Einfluß der Rechtskraft auf die Beweisfrage.

§. 1.

Dem in der L. 1 D. de re judic. (42. 1.) aufgestellten Principe[a]) gemäß schneidet das rechtskräftige Erkenntniß alle künftige Differenzen über ein im Processe zweifelhaft gewesenes factum in der Weise ab, daß dasselbe unter denselben Parteien (oder deren Successoren) in einem spätern Rechtsstreite nicht wieder ungewiß werden kann, folglich auch der Richter nicht wieder darüber Beweis verlangen darf.

Dabei wird indeß vorausgesetzt, daß die Entscheidung einer Sache in dem von einer Partei behaupteten Sinne vollkommen feststeht; im entgegengesetzten Falle kann und muß es allerdings zu einem Beweise kommen, welcher jedoch nicht auf das angeblich durch Urtheil schon festgestellte factum, vielmehr darauf zu richten sein wird, daß in Ansehung desselben so, wie die darauf sich beziehende Partei behauptet, bereits rechtskräftig erkannt worden sei.

Betraf das frühere Urtheil eine Civilproceßsache, so ist an der Anwendbarkeit unserer aufgestellten Behauptung wohl nicht zu

---

a) „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione judicis accepit.“

zweifeln. Ganz anders aber verhält es sich mit Urtheilen, die im Criminalverfahren ergangen sind, indem mindestens eben so viele Juristen dafür halten, daß durch ein derartiges Erkenntniß die im Civilverfahren zweifelhaft gemachte Thatsache nicht ohne Weiteres klar gestellt werde, als andere das Gegentheil annehmen. Und unter den erstern bekennt sich wieder ein Theil unbedingt zu der fraglichen Ansicht, ein anderer nur unter der Voraussetzung, daß das Straferkenntniß mit Beachtung der juristischen Beweisregeln, und nicht etwa von lediglich nach innerer Ueberzeugung ohne Rücksicht auf jene Regeln urtheilenden Geschworenen oder gelehrten Richtern[a]) abgegeben worden ist.

§. 2.

Hätte man sich nur stets einfach vor Augen gehalten, daß nicht Urtheile überhaupt, sondern nur rechtskräftige die Eingangs gedachte, die Beweisauflage verhindernde Wirkung haben, und daß auch letztere immer nur unter der Voraussetzung eintreten kann, si eadem quaestio inter easdem personas revocatur (L. 3 und 7 §. 4 D. 44. 2.), so würde wahrscheinlich wenigstens eine erhebliche Anzahl von Versuchen, die gegentheilige Meinung durchzuführen, unterblieben sein.

Urtheile, welche in Criminalsachen gefällt werden, sind zwar vollstreckbar, aber sie haben bekanntlich überhaupt nicht die Fähigkeit, rechtskräftig zu werden, d. h. im accusatorischen wie im inquisitorischen Processe haben sowohl der Angeschuldigte als der Staat das Recht, jederzeit nachzuweisen, daß es sich mit denjenigen Thatumständen, welche zu einer (definitiv oder einstweilen) lossprechenden oder verdammenden Sentenz Veranlassung gaben,

---

a) Wie z. B. bei den Hannoverschen Gerichten in leichtern Straffachen, vergl. Hannov. Straf-Proceß-Ordnung §. 149, Abs. 6.

in der That anders verhalte, als man bei Verfassung des Urtheils angenommen hat[a]).

Hat nun das Strafurtheil überhaupt niemals eine Rechtskraft zu beanspruchen, so sollte man auch von einer solchen um so weniger in Ansehung seines Einflusses auf eine Civilsache reden, als weder im Civil- und Criminal-Processe, wenngleich dasselbe factum Veranlassung zu dem einen wie dem andern gab, eadem quaestio verhandelt wird, noch auch dieselben Parteien einander gegenüberstehen[b]).

§. 3.

Im Criminalprocesse nämlich wird das Recht des Staats auf Bestrafung derer, welche seine Strafgesetze übertreten haben, also ein unveräußerliches Recht der Gesammtheit aller Staatsangehörigen, verfolgt, während es sich im Civilverfahren um ein der Disposition des Einzelnen unterworfenes, diesem allein zuständiges Recht handelt, im erstern Falle steht die Gesammtheit, im letztern nur der Einzelne dem Angeklagten gegenüber. Dadurch, daß ein einzelnes Mitglied der Gesammtheit vorzugsweise durch ein Verbrechen getroffen ist, wird das im Criminalverfahren geltend gemachte Interesse nicht zu einem ausschließlichen dieses Verletzten, denn Alle bleiben gleich stark bei der Störung der Rechtsordnung durch Uebertretung von Strafgesetzen interessirt. Mag ferner der vorzugsweise Betroffene oder überhaupt ein jeder Staatsbürger

---

a) Vergl. Martin, Crim. Proceß §. 145. 156. Mittermaier, Crim. Proc. §. 195. Abegg, Crim. Proc. §. 183. Bauer, Strafproceß §. 202, namentlich auch dessen Erörterung in der Note d über römisches Recht und die daselbst enthaltene Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht über absolutorische Urtheile.

b) Vergl. Leist's von der Göttinger Juristenfacultät gekrönte Schrift „de praejudiciis in concursu causarum criminalis et civilis evenientibus" S. 51.

oder ein öffentlicher Ankläger die Criminalanklage zu erheben, oder der Inquirent des letztern Rolle mit zu übernehmen berufen sein, immer erscheinen sie, sofern es auf Zuerkennung einer öffentlichen Strafe ankommt, als Repräsentanten der bürgerlichen Gesellschaft. Es fehlt also, wenn das zur criminellen Procedur veranlassende, in diesem Verfahren festgestellte factum in einem Civilprocesse zur Sprache kommt, sowohl die Identität des Gegenstandes der Verhandlung als der Parteien[a]).

Ausnahmslos ist freilich unsere aufgestellte Regel nicht, insonderheit nicht in dem Falle, wenn die Rechte selbst verordnen, daß der Civilpunkt von der Feststellung eines Criminalpunkts abhängig sein soll. Wenn z. B. bestimmt ist, daß gewisse Verbrechen der Fähigkeit zum Zeugnisse berauben, oder daß der des Meineids wegen Verurtheilte keinen Eid im Civilprocesse schwören darf, so wird gegen die Abhörung des Zeugen resp. das Ausschwören des Eides unter Berufung auf das Straferkenntniß mit Erfolg protestirt werden können, denn der Criminalpunkt ist hier für den civilen eine wahre Präjudizialsache, er betrifft eine Frage, deren Beantwortung die Rechte selbst zur Vorfrage für die Entscheidung des Civilpunkts gemacht haben, und die nur von dem Strafrichter

---

a) Vergl. Kleinschrod im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. II. S. 272. Auch ein eifriger Vertheidiger der unserer Darstellung entgegengesetzten Ansicht giebt im 11. Bande der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß (von Linde und Marezoll) S. 65 zu, daß die französischen Juristen unrichtigerweise die moralische Person des Staats mit dem einzelnen bestimmten Staatsbürger identificirt, und die Rechtsfrage, ob der Staat sein Strafrecht ausüben könne, mit der Frage, ob und welche Entschädigung einem Privaten zu leisten sei, verwechselt haben, wenn sie dem Straferkenntniß eine Rechtskraft vindicirten, indem sie sich dem Gedanken hingaben, daß der öffentliche Ankläger als der Vertreter der ganzen Gesellschaft den Beschädigten ebenfalls vertrete, das Strafurtheil also als unter denselben Parteien gefällt erscheine, die im Civilprocesse sich gegenüberständen, und daß diese Entscheidung eine und dieselbe Thatsache zum Gegenstande habe. S. auch Leist S. 51.

ausgehen kann[a]). Hierher gehört auch der in Art. 12 der peinlichen Gerichts-Ordnung vorgesehene Fall[b]).

§. 4.

Der Gedanke, den Satz, daß der abgeurtheilte Criminalpunkt für den Civilpunkt die Entscheidung mit enthalte, aus der Rechtskraft des Strafurtheils begründen zu wollen, ist zwar von den neuern Rechtsgelehrten aufgegeben, nicht aber der zu begründende Satz selbst. Bis auf die Gegenwart ist derselbe von Zeit zu Zeit wieder zur Sprache gebracht und trotz vielfacher Widerlegung hartnäckig auf alle nur erdenkliche Weise vertheidigt worden; bald hat man aus der sogenannten Natur der Sache, bald aus dem positiven Rechte argumentirt, ja! in der Noth sogar auf fremdes, keineswegs recipirtes Recht provocirt. Wenn nun auch streng genommen die Beurtheilung dieser Vertheidigungsversuche nicht an diesen Platz gehört, so mögen wir dieselbe der Wichtigkeit der Sache wegen dennoch hier nicht mit Stillschweigen übergehen, da wir ihr sonst keinen schicklichern Platz anzuweisen im Stande sind.

§. 5.

Stübel hat die noch jetzt von den Rechtslehrern nicht ganz aufgegebene[c]) Behauptung aufgestellt, daß „die criminale Wahrheit" die objectiv richtige sei, mithin, wenn sie im Civilverfahren zur Grundlage einer Entscheidung gemacht worden, dadurch keine

---

a) Daß die sogenannte Präjudizialverbindung die vorbereitende Sache nicht den Character der Hauptsache annehmen lasse, zeigt Leyser spec. 640. med. 21—24. und ein von Seuffert in seinem Archiv Bd. 4. Nr. 145 mitgetheiltes Urtheil, mit Bezug auf L. 33 D. 48. 5. L. 23 D. 48. 10. L. 1 C. 9. 31. L. 7 D. 48. 6. Peinl. G. O. Art. 12. 13. 201. 207. c. 1 X 2. 25.

b) Archiv f. civil. Praxis Bd. 37. S. 5.

c) Zimmermann S. 73, 1 des 11. Bandes der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß.

Verletzung derjenigen Partei veranlaßt werde, zu deren Ungunsten die Entscheidung ausfalle.

Zunächst ist hiergegen einzuwenden, daß Stübel's Grundsatz gar nicht überall zutreffend ist. Denn — wie ein oben angeführter, unsere Frage sehr ausführlich behandelnder Autor[a]) treffend sagt — »non ex ea re, quod processus criminalis ad materialem, quam dicunt, veritatem tendat, colligi etiam potest, hanc semper eum assequi.« Unrichtige auf Indicien gebaute Verurtheilungen sind so wenig unerhört, als Absolutionen, die aus dem Grunde erfolgt sind, weil der Inquirent es an Fleiß oder Umsicht in Aufsuchung von Beweisen fehlen ließ, während es dem civiliter klagenden Verletzten gelingen kann, das zu beweisende factum durch Vorlegung besserer Beweise, ja! (wenn er es mit einem gewissenhaften Gegner zu thun hat,) sogar durch Eidesdelation oder durch Ausschwörung des suppletorii neben Benutzung der im Criminalverfahren nicht hinreichenden Beweismomente klar zu stellen.

Angenommen aber auch einmal die Richtigkeit des Stübel'schen Satzes, so heißt es doch gewiß ein Unrecht begehen, wenn man das den Parteien nicht abzusprechende Recht, die Anwendung der auf die Verhandlungsmaxime gebauten Regeln des Beweisverfahrens in Civilstreitigkeiten zu verlangen, entziehen will, bloß weil man das ungewiß gemachte factum auf eine im Civilproceß gar nicht zulässige Weise zur Gewißheit gebracht, oder umgekehrt nicht zu einer den criminellen Grundsätzen genügenden Wahrheit hat erheben können. Wer möchte das der Verurtheilung zu Grunde liegende, durch Confrontation von dem Strafrichter erwirkte Geständniß für ein solches ansehen, welches im Civilprocesse genügt? Manche strafrechtliche Verurtheilung erfolgt hauptsächlich deßhalb,

---

a) Leist l. c. §. 20 z. A.

weil der durch das Verbrechen Beschädigte als Zeuge auf die Schuld des Angeklagten deutende Aussagen macht, — sollen diese auch im Civilverfahren ihren Einfluß äußern, also der Kläger testis in propria causa sein, während er im Criminalverfahren — wenn auch gerade nicht classischer — Zeuge in Sachen des Staats wider den Angeklagten ist? Nein! richtig hat Schäffer im Archiv für civil. Praxis Bd. 37 S. 28 bemerkt, daß eine Rechtsbeeinträchtigung des im Strafverfahren für schuldig Erklärten hier besonders bemerkbar sein würde, zumal der Schadensanspruch keineswegs ein bloßes Accessorium der Criminalsache ist und mit dieser steht und fällt, sondern nur die nämliche Grundlage mit dieser gemein hat[a]).

§. 6.

Man hat ferner gesagt, die zum Schutze der Interessen der Gesammtheit und Einzelner bestimmte Justiz könne nur Eine sein, ein Widerspruch zwischen einer Criminal- und Civilentscheidung sei mithin eine Absurdität, was eine Behörde innerhalb ihres Geschäftskreises definitiv ausgesprochen, müsse im Staate als gültig anerkannt werden, folglich dürfe das Urtheil des für die Constatirung der zum Thatbestande eines Verbrechens gehörigen facta einzig competenten Strafrichters um so weniger vom Civilrichter in Zweifel gezogen werden, als die Strafsache die quaestio major, der Civilpunkt dagegen die minor bilde, daher die logische Nothwendigkeit nach dem Schlusse a majori ad minus fordere, daß die geringere Sache nicht von der wichtigern abweiche, wenn sie sich auf die Feststellung derselben Thatsache stütze[b]).

Wie aber mag man es einen Widerspruch der Justiz nennen,

---

a) Vergl. Leist l. c. S. 48, sub 1.

b) Vergl. Zimmermann im 11. Bande der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß S. 67 rc.

wenn zwei verschiedene Urtheile in zwei von einander ganz verschiedenen Rechtsfragen ergehen? Die Justiz erfüllt sicherlich ihre Aufgabe, sie sorgt für den Schutz der Gesammtheit und des Einzelnen nur dann, wenn sie zwei dem Gegenstande nach ganz verschiedene Rechtsfragen nach den in der einen wie in der andern Hinsicht geltenden Regeln beantwortet, und eine Selbstfolge ist es, daß eine Verschiedenheit der Aburtheilung sich ergeben kann, wenn diese Regeln selbst verschieden sind. Mag es dem Laien auch sonderbar klingen, wenn der verurtheilte Brandstifter auf Restitution der aus der Brandversicherungscasse erhaltenen Brandentschädigungsgelder civiliter belangt für berechtigt erklärt wird, von der klagenden Partei, einen nochmaligen Beweis des facti zu fordern, um deßwegen er criminell verurtheilt ist, so wird doch dieser Fall das anscheinend Auffallende verlieren, wenn eine nähere Nachforschung zu der Ueberzeugung geführt hat, daß die zur Constatirung der Wahrheit im Criminalverfahren angewandte Procedur eine im Civilprocesse gar nicht übliche ist, mithin die Bedingungen annoch unerfüllt sind, unter denen es nach den Regeln des Civilprocesses überhaupt möglich ist, einen leugnenden Beklagten in diesem Verfahren zu verurtheilen[a]).

Glaubt man indeß, daß in der Verschiedenartigkeit eines Criminal- und Civilurtheils wirklich ein Uebelstand liege, so ist es doch sicherlich nicht Sache des Richters, sondern des Gesetzgebers, durch eine neue Legislation demselben abzuhelfen. In diesem Sinne haben auch die höchsten Gerichte Deutschlands neuerlich entschieden, sie erkennen an, wie es eine irrige Ansicht ist, daß das Strafgerichtserkenntniß in allen und jeden, von der Verurtheilung in eine Strafe verschiedenen Beziehungen hinsichtlich der Schuld

a) Vergl. die Urtheile der Oberappellations-Gerichte zu Dresden, Darmstadt und Jena in Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 103. Bd. 9 Nr. 82 und 10 Nr. 217.

des Angeklagten eine nur dem Strafrichter zustehende, unabänderliche Bestimmung enthalte, — daß ferner, wenn auch dem Civilanspruche die bereits abgeurtheilte widerrechtliche Handlung zur Grundlage dient, und die Straf- und Civilgerichtsbarkeit ihre Entstehung von der nämlichen Staatsgewalt ableitet, diesen Verhältnissen, so bemerkenswerth sie auch für die Gesetzgebung sein mögen, doch von dem urtheilenden Civilrichter so lange keine rechtliche Bedeutung beigelegt werden darf, als die selbstständige Aburtheilung des Straf- und Civilpunkts verschiedenen Gerichten übertragen ist, — endlich auch, daß sich nicht annehmen läßt, dem Civilrichter sei gerade bezüglich eines Hauptpunkts des eingeleiteten Rechtsstreits nur die unbedingte Execution des vom Strafrichter abgegebenen Urtheils übertragen[a]).

§. 7.

Wir haben angenommen, es fehle an einer gesetzlichen Bestimmung, welche der Ansicht unserer Gegner das Wort rede, während diese eine Reihe von Stellen des fremden recipirten wie des ursprünglich deutschen Rechts für sich anziehen. Es ist daher nöthig, wenigstens die wichtigsten derselben einer nähern Betrachtung zu unterwerfen.

Allerdings lassen sich Aussprüche des römischen Rechts anführen, aus denen die gegenseitige Ansicht eine scheinbare Bestätigung erhält. Die L. 4 C. 3. 8. liefert dafür, daß den Römern eine Criminalsache regelmäßig wichtiger als eine causa civilis[b]) erschien, einen Beleg, und ganz allgemein heißt es ferner

---

a) Vergl. die von Seuffert Bd. 8 und 9 Nr. 97 und 82 mitgetheilten Erkenntnisse des Oberappellations-Gerichts zu Darmstadt.

b) Quoniam civili disceptatione intermissa saepe fit, ut prius de crimine judicetur, quod, utpote majus, merito minori praefertur, ex quo criminalis quaestio quocunque modo cessaverit, oportet civilem causam

in der L. 54 D. 5. 1: per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem causam ad se trahit. Allein mit Unrecht würde man daraus einen noch heut zu Tage gültigen Satz dahin ableiten, daß die Entscheidung der Criminalsache als der wichtigern die Civilfrage in Ansehung des Thatsächlichen mit entscheide.

Sollte wirklich Paulus in der L. 54 cit. einen derartigen Satz haben aussprechen wollen, so würde dieser nach den damaligen Ansichten sich allenfalls rechtfertigen, da der ex animi sententia urtheilende römische Civil-Richter (Vergl. S. 11 der Einleitung) an der Richtigkeit des in einem judicio publico abgegebenen Urtheils über eine quaestio facti sehr natürlich wohl nicht mehr zweifeln mochte. Aber wir haben gegenwärtig ganz bestimmte Vorschriften über die Art und Weise, wie im Civilprocesse zweifelhaft gewordene Thatsachen klar gestellt werden, wobei an ein pures Urtheilen ex animi sententia nicht zu denken ist. Und keineswegs lassen uns die citirten Gesetze annehmen, daß die Römer das Criminalerkenntniß unter allen Umständen als unumstößlich ansahen, um so weniger, als wir von Cicero (oratio pro Cluentio c. 22) erfahren, daß die Richter nur daran festzuhalten pflegten. Uebrigens redet die L. 4 C. cit. bloß von der Reihenfolge der gerichtlichen Proceduren, wobei gleichsam ein Erfahrungssatz behuf der Begründung angezogen wird, unser Gesetz betrifft gar nicht die Beweisfrage, sondern die Proceßleitung. Ersteres kann schon nach dem ganzen Inhalte und der Ueberschrift des Titels, worin dasselbe steht, nicht angenommen werden. Eine zweckmäßige Proceßdirection bringt es mit sich, die vor der Entscheidung des Criminalpunkts angebrachte Civilsache bis dahin, daß jene erfolgt ist, auszusetzen,

---

velut ex integro in judicium deductam distingui, ut finis criminalis negotii ex eo die, quo inter partes fuerit lata sententia, initium civili quaestioni tribuat.

denn wenn der Beschädigte sieht, daß der Strafrichter das factum, welches, seinen Beweis vorausgesetzt, Quelle der Bestrafung und Privatsatisfaction sein würde, für nicht nachgewiesen erachtet, so wird er sich regelmäßig nicht entschließen, noch civiliter gegen den Angeklagten zu operiren, und umgekehrt dieser, wenn er zur Strafe verurtheilt ist, es nun nicht — falls es im Civilstreit sich bloß um die Frage handeln würde, ob die Thatsache wirklich Statt fand [a]), — noch auf einen Civilproceß ankommen lassen. Dieser Erfahrungssatz bestätigt sich auch noch gegenwärtig und ist gerade die Ursache davon, daß bei einer sogenannten Principalverbindung [b]) von Criminal- und Civilsache letztere einstweilen ausgesetzt wird [c]).

Sollte indeß diese unsere Ansicht und Interpretation auch keinen Beifall finden, immer steht der gegnerischen Meinung doch entgegen, daß erweislich die Römer in der spätern Zeit zu der Annahme kamen, daß Criminal- und Civilsache völlig unabhängig von einander seien, so daß zwei ganz verschiedene Urtheile darin ergehen können [d]). Dieses beweiset L. un. C. 9. 31: »A plerisque jurisprudentium generaliter definitum est, quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis, sive civilis actio moveatur; nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi et similiter e contrario. Sic denique et per vim de possessione dejectus, si de ea recuperanda interdicto unde vi fuerit usus, non prohibetur tamen etiam lege Julia de vi publico judicio instituere accusationem; et suppresso testamento, quum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilominus ex

---

a) Also nicht z. B. um die Höhe der Entschädigungssumme.

b) Vergl. Neues Archiv des Criminal-Rechts Bd. 2 S. 258.

c) Vergl. das von Seuffert Bd. 6 Nr. 254 mitgetheilte Urtheil des Oberappellations-Gerichts zu Kiel.

d) Vergl. Leist l. c. S. 28 und 48, Note 1.

lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri: et quum libertus se dicit ingenuum tam de operis civiliter, quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgeri. Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutio; et plurima alia sunt, quae numerari non possunt, ut, quum altera prius actio intentata sit, per alteram, quae supererit, judicatum liceat retractari. Qua juris definitione non ambigitur, etiam falsi crimen, de quo civiliter jam actum est, criminaliter esse repetendum«, wird auch selbst von Anhängern der gegnerischen Meinung zugegeben[a]).

§. 8.

Von den Bestimmungen deutscher Gesetze ist es wohl nur der Art. 198 der peinlichen Gerichts=Ordnung[b]), welcher eigentliche

---

a) Zimmermann l. c. S. 58.

b) Art. 198. Merck, so ein Uebelthäter, zusamt einer aufgelegten rechtlichen Leibs=Straffe, jemands sein Gut wieder zukehren, oder aber etwas von seinen eigenen Gütern zu geben verwürcket, wie deshalb hievor in etlichen Straffen, nemlich von fälschlichem Abschweren, im 107 Articful, anfahend: Item, welcher vor Richter oder Gericht; auch der Unkeuschheit halben, so ein Ehemann mit einer ledigen Dirne übet, im 120. Articful, anfahend, Item so ein Ehemann einem andern; und dann die böse Gestältniß zweyfacher Ehe betreffend, am 121. Articful, anfahend: Item so ein Ehemann ein ander Weib ꝛc. gesetzt ist; dergleichen in etlichen Diebstälen, wie oben angezeigt ist ꝛc. Oder so sonst in unbenannten Fällen dergleichen zu thun, rechtlich erfunden würde, so soll solche Wiederkehrung oder Dargebung des Guts mit lautern Worten an die Urtheil, wie das geschehen sollt, gehangen, beschrieben und geöffnet werden.

Art. 207. So gestohlen und geraubt Gut in ein Gericht gebracht, und der Uebelthäter nicht dabey betreten und verhafftet wird, so soll dasselbige der peinliche Richter zu seinen Händen nehmen und getreulich verwahren, und so Jemand derselben Haabe begehret, und so viel angezeigt, daß ihm die unzweiffelich geraubt oder gestohlen sey, so soll ihm die wieder verschafft werden, ohngeachtet, ob es gleich an etlichen Orten anderst gehalten, das nicht ein Gewohnheit, sondern ein Mißbrauch ist. So sich aber derhalben Irrung hielt, soll der Richter solchem Kläger gebührliches schleunig Rechtens verhelffen. Und so an einem solchen Ort ein Obrigkeit peinlich und bürgerliche Gerichtsbarkeit hätte, und die

Schwierigkeiten macht und anscheinend unsern Gegnern das Wort redet. Denn die oftmals von letztern angeführten Artikel 207 und 214 gehören überall nicht hierher, die Artikel 107. 157 und 158 aber enthalten ganz singuläre Fälle[a]), in denen der Criminalrichter ausnahmsweise zugleich mit der Verurtheilung in Strafe decretirt,

---

Schöppfen des peinlichen Gerichts weitläufftig zusammen zu bringen wären, soll derselbige peinliche Richter um weniger Unkostens willen, dieselben Sachen an seiner Obrigkeit, bürgerliche Gericht daselbst weisen: Und soll zuförderst, der also rechtlich darzu klagen will, vor solchem Gericht ein Bestand mit Bürgen, oder zum wenigsten mit seinem Eyd thun, wo er solcher Sachen halb verlustig würde, dem andern Theil seinen verfügten Schaden, nach Mäßigung des Gerichts, abzulegen, desgleichen soll der Antworter, der solche Haab im Rechten vertreten will auch thun. So dann der Kläger beweist, daß dieselbige Haab sein, und ihm raublich oder dieblich genommen sey, soll ihm die durch Recht zuerkannt und wieder werden. Und so sich ein Antworter die betretene Haabe im Rechten zu vertreten unterstünde, und sich deshalb Kosten und Schaden betreffend, wie obstehet, verpflichtet, und dann nach Verlust derselben Haabe, mit seinem Eyd nicht betheuern möchte, daß er unwissend des unrechten Herkommens, die gemeldten verlustigen Haabe an sich bracht hätt, oder aber solches Wissens überwiesen würde; so soll demselben Antworter, ob nothdürfftige Atzung auf die arrestirten oder bekümmerten Haab gangen wäre, zu sammt ziemlichen Gerichts-Schaden, alles nach Mäßigung des Gerichts zu bezahlen, im Rechten aufgelegt werden. Hätte aber der Antworter in dem an sich bringen der verlustigen Haabe des unrechten Herkommens nicht gewust, so soll jeder Theil seinen Gericht-Schaden selbst bezahlen, und der Kläger, dem die beklagte Haabe also folget, ob es Vieh wäre, und ziemliche Atzung gemacht hätte, wie das Gericht erkennt und mässiget, ausrichten. Wäre aber obgemeldter massen kein verpflichteter Antworter vorhanden, so gebührt dermassen dem Kläger, der die Haabe endlich nimmt, abermahls ziemliche Atzung, wo die, als vorsteht, darauf gangen wäre, zu bezahlen.

Art. 214. Ob ein Beschädigter sein Haabe, die ihm unzweiffelich zuständе, und durch Diebstahl oder Raub entwendet worden wär, mit gutem und unbenöther Ding, von dem Thäter wieder zuwegen brächt, darum soll derselbig, der also das seyn, doch mit der Maaß, als obstehet, wieder erlanget, niemands nichts schuldig seyn, auch in diesen oder andern Fällen zu klagen wider seinen Willen nicht genöthigt werden. Und wo der Beschädigt nicht peinlich klagen wollt, so soll dennoch die Obrigkeit den Thäter nicht desto weniger von Amtswegen rechtfertigen, und nach Gelegenheit der Person und Uberführung straffen lassen.

a) Schäffer im Archiv Bd. 37 S. 7 und 8.

daß der Verurtheilte durch das Verbrechen erworbenes Gut zu restituiren habe[a]). Diese Bestimmungen hat man in Verbindung mit den Schlußworten des Artikels 198: „Oder sonst in unbenannten Fällen dergleichen zu thun, rechtlich erfunden würde, so soll solche Wiederkehrung oder Dargebung des Guts, mit lautern Worten an die Urtheil, wie das geschehen sollt, gehangen, beschrieben und geöffnet werden," dahin interpretirt, als solle der Strafrichter über alle mit einem Verbrechen zusammenhangende Privatansprüche mit entscheiden, und ferner hat man dann geschlossen, daß der letztgedachte Ausspruch ein sich von selbst verstehender Anhang des Strafurtheils sei, der mit diesem stehe und falle. Dagegen ist aber mit Grund von anderer Seite bemerkt, daß nach dieser Interpretation es überflüssig gewesen wäre, in Artikel 198 erst vier specielle Fälle jener angeblichen Selbstfolge eines Strafurtheils aufzuzählen, daß deßhalb also die Schlußworte nicht allgemein, sondern nur von solchen in unserm Artikel nicht besonders hervorgehobenen peinlichen Fällen zu verstehen seien, in denen das Gesetz das Erkenntniß über die Privatsatisfaction vorschreibt.

Zimmermann[b]) meint, der Gesetzgeber müsse bei der Uebertragung der Entscheidung des Civilpunkts auf den Strafrichter nothwendig von der Voraussetzung ausgegangen sein, daß der Nebenpunkt nicht verschieden von dem Hauptpunkte beurtheilt werde, folglich dürfe, wenn dem Strafrichter die Entscheidung über den Civilpunkt entzogen werde, ohne besondern Grund nicht die Eigenschaft der Sachen als Haupt- und Nebensachen verändert werden, jedenfalls müsse daher die Nebensache der Hauptsache folgen und ohne Weiteres, wie letztere, bereits entschiedene beurtheilt werden.

---

a) Wobei übrigens zu bemerken ist, daß die Artikel 157 und 158 auch von Vermögensnachtheilen reden, die der Criminalrichter als einen Theil der Strafe auszusprechen haben soll.

b) Zeitschr. Bd. 12. S. 221.

Die Prämissen dieser Schlüsse sind indeß nur halb wahr, und der richtige Theil derselben läßt eine mit der Natur der Sache und sonstigen in Betracht kommenden Umständen viel besser harmonirende Folgerung zu.

Wäre der Civilpunkt reine Nebensache im oben angegebenen Sinne, so ließe sich wahrlich nicht einsehen, weßhalb er überhaupt zum Gegenstande eines besondern Verfahrens, sei es des Civil- oder sogenannten Adhäsionsprocesses, sollte gemacht werden dürfen. Und mit welchem Rechte will man denn von einem Anspruche als einer derartigen Nebensache reden, der nicht bloß dem Berechtigten ebenso wichtig ist als dem Staate sein Recht auf Strafe, wie eine ungünstige Entscheidung desselben andererseits den Beklagten ebenso empfindlich, ja! noch härter treffen kann, als die Strafe selbst?

Zugegeben die Annahme des gegnerischen Autors, daß der Gesetzgeber von dem Gedanken ausging, der Civilpunkt werde nicht vom Criminalpunkte verschieden beurtheilt werden[a]), so muß doch diese Voraussetzung, wie bereits oben bemerkt und weiter unten noch mehr sich zeigen wird, bei der jetzigen Art und Weise, wie zweifelhafte Dinge in Straf- und Privatrechtssachen vor Gericht klar gemacht werden, für eine völlig unzutreffende gehalten werden. Wir dürfen also nicht aus jener Ansicht des Gesetzgebers weitere unfehlbar unrichtige Folgerungen ableiten. Eben deßhalb nehmen denn auch unsere angesehensten Criminalisten an, daß im sogenannten Adhäsionsproceß — abgesehen von anders verfügenden Particularrechten — der Civilpunkt nach den Regeln des Civil-Processes zu behandeln sei[b]). Jene gemischte Proceßart ist ja

---

a) Daß die damaligen Richter die subtilen Unterschiede, die sich aus dem Wesen beider Proceßarten für das Verfahren und dessen Resultat ergeben können, nicht zu machen verstanden, darf wohl mit Sicherheit angenommen werden.

b) Vergl. Bauer, Strafproceß §. 248. Mittermaier, Crim. Proc.

im Laufe der Zeit durch Doctrin und Gerichtsgebrauch erst zu einer fest geregelten ausgebildet, während in der peinlichen Gerichts-Ordnung nur der erste Grund dazu gelegt ward[a]); ja! der Adhäsionsproceß ist von bewährten Autoritäten sogar als dem Civilproceß angehörig betrachtet[b]). Vereinzelt dastehende abweichende Ansichten über den Gang des Adhäsionsprocesses dürften zu wenig begründet sein, und haben wohl deßhalb auch keine Beachtung in der Praxis gefunden.

Ueberhaupt darf man nur niemals vergessen, daß der Adhäsionsproceß keinem Kläger aufgedrungen wird, daß diesem niemals das selbst in der peinlichen Gerichts-Ordnung anerkannte Recht, eine Entscheidung im ordentlichen Civilwege zu verlangen, abzusprechen ist[c]). Angenommen, daß dem Sinne der peinlichen Gerichts-Ordnung gemäß der um Entscheidung des Civilpunkts angegangene Strafrichter den verurtheilten Angeklagten zum Ersatze des aus dem im Criminalverfahren als wahr erachteten facto ent-

---

§. 206. Martin, Civil-Proceß §. 253. Kleinschrod, Abhandl. aus d. peinl. Recht III, 16 §. 16. S. auch Linde, Civil-Proceß §. 364.

a) Vergl. Bauer l. c. Note f.

b) Diese, von uns freilich nicht angenommene, Meinung vertheidigen Martin, Civil-Proceß §. 253, Note a. und die von ihm daselbst citirten Autoren.

c) Daß der Adhäsionsproceß lediglich dem Verletzten als ein beneficium gegeben wurde, dürfte wohl nicht zu leugnen sein. Damit ist aber gar nicht gesagt, daß er stets ein wahres beneficium gewährt, daß der Verletzte auch durch die Adhäsion stets mit derselben Sicherheit zum Ziele gelangen wird, die ihm der Civilproceß bietet, theils weil im Falle einer Freisprechung der Richter leicht zu Gunsten des Beklagten eingenommen wird, theils weil nach der freilich nicht unbestrittenen Ansicht dem Kläger im Adhäsionsprocesse nicht freisteht, seinen Beweis durch Eid zu erbringen. Der Verfasser der peinlichen Gerichts-Ordnung muß dieses mit Hinblick auf die ungelehrten Richter wohl gefühlt haben, weil es sonst räthselhaft bliebe, weßhalb er dem Verletzten die Wahl zwischen dem Straf- und Civilrichter ließ. (Vergl. Martin, Civilproceß §. 253. Stübel, Criminal-Verfahren §. 1350. Kleinschrod, Abhandl. aus dem peinlichen Recht. Th. III. Nr. 14. S. 379.

springenden Schadens zu verurtheilen habe, so rechtfertigt dieses noch immer nicht den Schluß, daß der Civilrichter in dieser Beziehung ihm gleich gestellt sei.

§. 9.

Hieraus ergiebt sich aber auch, daß eine Berufung auf die italienischen und frühern deutschen Praktiker[a]) gar keine weitere Beachtung verdient, eben weil diese Juristen von ähnlichen Voraussetzungen ausgingen, wie sie dem Verfasser der Carolina vorgeschwebt haben mögen, indem zur Zeit jener Männer weder Adhäsions- noch Civilproceß auf der Stufe gegenwärtiger Ausbildung standen[b]). Die Unrichtigkeit jener ältern Ansichten ist von neuern Theoretikern und Praktikern ersten Ranges längst eingesehen, wozu also eine Berufung auf jene, wenn sich obenein nachweisen läßt, daß sie dem Wesen der Sache widersprechen?

---

a) Wenn man sich sogar auf die französischen Praktiker der Gegenwart hat berufen mögen (Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß Bd. 11 S. 64.), so scheint es fast überflüssig, hierüber widerlegende Worte zu verlieren. Abgesehen von dem Ungewöhnlichen solcher Berufung dürfen wir dem Leser sich das Urtheil darüber, ob uns die Franzosen als Muster in Behandlung von Civilproceßsachen dienen können, aus dem, was wir oben S. 170 Note a bemerkt haben, zu bilden überlassen und daneben nur noch bemerken, daß theils aus dem, was in der Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß l. c. gesagt ist, schon hervorgeht, wie unter den Juristen in Frankreich Streit herrscht, anderntheils neuerlich drei Erkenntnisse französischer Gerichte (des Bezirksgerichts zu Avignon, des Apellationshofes zu Nimes und des Cassationshofes in Paris), von Seuffert im Archiv Bd. 9. S. 122 mitgetheilt, dieses sowie, daß das in der Note a S. 170 gerügte Räsonnement auch jetzt noch in Frankreich keineswegs verschwunden ist, bestätigen.

b) Daß sie überhaupt nur einmal über die Sache klar geworden seien, darf nicht mit Sicherheit angenommen werden. Die Glossatoren erkannten die Entscheidung des Civilpunkts durch das Criminalerkenntniß keineswegs durchgehends an, die Canonisten dachten ähnlich. Vergl. Mejer, de civilis et criminalis causae praejudicio §. 33 ff. 38—42. Schäffer im Archiv Bd. 37. S. 4. 9.

§. 10.

Soll der Civilproceß überhaupt solcher bleiben, so versteht es sich ganz von selbst, daß das Verfahren lediglich in Gemäßheit der Regeln desselben Statt finden muß. Eine Uebertragung von einzelnen Theilen der criminellen Procedur in die civile würde die Natur der letzteren verändern. Leugnet also der civiliter Beklagte das factum, welches bereits Gegenstand eines Criminalverfahrens war, so wird regelmäßig dem Kläger der Beweis desselben obliegen, mag das Strafurtheil ein definitiv oder einstweilen absolvirendes oder aber ein condemnirendes sein.

Im ersten Falle ist nur so viel gewiß, daß der das interesse publicum Wahrnehmende die ihm rechtlich zu Gebote stehenden Mittel erschöpfte, ohne daß die Procedur diejenigen Momente ergab, welche den Beschuldigten als dem Strafgesetz verfallen erscheinen lassen. Damit steht noch gar nicht fest, daß der sein Privatinteresse Verfolgende in Anwendung der ihm verstatteten Mittel und Wege nicht mit besserem Erfolge operiren werde. Man bedenke doch nur, daß die strafrechtliche Verurtheilung einerseits aus Gründen unmöglich sein kann, die für das Civilverfahren bedeutungslos sind[a]), andererseits, daß eine strafrechtliche Condemnation die geschehene Ermittelung der materiellen Wahrheit fordert, während dem Civilrichter die Herstellung der formellen genügt, zu der man auf einem dem Strafprocesse fremden Wege (z. B. der Eidesdelation) gelangen kann[b]).

---

a) z. B. weil die Verjährung im Wege steht, während die Civilklage noch nicht verjährt ist. Conf. Leist l. c. S. 54: „Deinde etiam ita judicari poterat: factum quidem probatum esse, neque tamen tanquam crimen auctori imputandum: quod saepissime in praxi eveniet" etc.

b) Daß nicht, wie Feuerbach meint, die L. 9 C. de accus. entgegenstehe, zeigt Leist l. c. S. 51.

Im Falle der Entbindung von der Instanz (und dieser dürfte die Außerverfolgungsetzung des neuern Rechts in dieser Beziehung gleich stehen) ist über die den Grund des Civilstreits bildende Thatsache überall keine Entscheidung erfolgt, dieselbe erscheint als suspendirt. Das Strafverfahren wird hier nur insofern von Bedeutung, als der Civilkläger beim Beweise jener Thatsache sich auf das vom Strafrichter Ermittelte beziehen und dasselbe durch Beibringung anderer Momente, namentlich vielleicht, indem er zum supplementorium gelangt, zum vollen, dem Civilrichter genügenden Beweise erheben kann[a]).

Falls endlich das Urtheil ein condemnirendes war, beweiset die vom Kläger producirte Sentenz zunächst weiter nichts, als daß der Strafrichter wirklich so, als Kläger angiebt, entschieden habe. Dagegen ist es verkehrt, mit Kleinschrod[b]) und Andern anzunehmen, daß auch ihr Inhalt maßgebend und dem Beklagten nichts übrig gelassen sei, als den Gegenbeweis zu führen, weil er bis dahin die Sentenz als eine öffentliche Urkunde und mithin eine praesumtio juris bildend wider sich müsse gelten lassen. Zwar, daß der Angeschuldigte condemnirt worden, beweiset bis zum Gegenbeweise das Urtheil, allein, daß der Inhalt, soweit er das Resultat richterlicher Reflexion ist, bis dahin für einen richtigen zu halten sei, dafür läßt sich kein Gesetz anführen[c]). Die Begründung des Urtheils ist es, worauf es ankommt[d]), und je genauer dasselbe

---

a) Leist l. c. S. 53, 2, b.

b) Vergl. Neues Archiv f. Criminal-Recht Bd. 2. S. 269. 270.

c) Leist l. c. S. 49 bemerkt zu der von Henke aufgestellten mit der Kleinschrod'schen Meinung harmonirenden Ansicht: „Optima ratione hoc jam Mittermaierus vituperat, nullam esse legem addens, quae ejusmodi opinioni respondeat. Ac sine dubio certa lege ex rei natura non derivari potest" etc. S. auch Neue Folge des Archivs f. Criminal-Recht von 1852. S. 343.

d) Leist l. c. S. 50.

die Beweisgründe, Beweismittel und das Resultat ihrer Anwendung angiebt, desto beweisender ist es. Denn allerdings sind die gedachten Gründe und Mittel unter Umständen von solchem Werthe, daß sie von dem Civilkläger mit Erfolg benutzt werden können[a]), und dasjenige, was das Strafurtheil referirt, hat die gesetzliche Präsumtion darüber, daß es wirklich im Criminalverfahren so, wie das Erkenntniß angiebt, vorgekommen ist, für sich[b]).

§. 11.

Am meisten pflegt man versucht zu sein, auf ein von einem bestimmten Falle hergenommenes Argument Gewicht zu legen, welches man denn auch gewöhnlich von den Vertheidigern der dem Strafurtheile Präjudicialkraft für den Civilpunkt beilegenden Ansicht in erster Reihe anführen hört. „Wollte man — sagen sie[c]) — von der entgegengesetzten Ansicht ausgehen und dem Civilrichter erlauben, ganz unabhängig vom Strafverfahren zu entscheiden, so würde man in die unauflöslichsten Schwierigkeiten gerathen, man müßte den Parteien auch den Gebrauch des Schiedseides gestatten, während doch der Staat nicht zugeben darf, daß über solche Thatsachen, welche die größten Strafen zur Folge haben können, ein Eid geschworen werde. Der Civilrichter müßte,

---

a) Es würde zu weit führen, wollten wir über den Werth der einzelnen Beweismittel hier nähere Prüfungen anstellen. Die Praktiker nehmen als allgemeine Regel an, daß stets zu untersuchen sei, ob die Anwendung eines Beweismittels im Strafverfahren auf die für den Civilproceß nöthige Weise erfolgte. Ein Beispiel finden wir in dem von Seuffert Bd. 2 Nr. 103 mitgetheilten Urtheile des Oberappellations-Gerichts zu Dresden, gegen dessen Inhalt sich aber wohl noch Manches sagen ließe.

b) c. 7 X 2. 19. Quum igitur per literas judicis ordinarii, quibus standum est, donec probetur contrarium, nobis constiterit, quod V. V. erat excommunicatus, quum procuratoris officium assumsit, ipsum tanquam procuratorem non duximus admittendum. c. 6. X. 2, 22.

c) Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß Bd. 11. S. 70. 73.

wenn man der entgegengesetzten Ansicht huldigte, im Falle der Kläger den Civilbeweis nicht anders erbringen könnte, die Eideszuschiebung an einen bereits in der Verbüßung einer hohen Strafe begriffenen Beklagten zulassen und letzterer z. B. schwören dürfen, daß er eine Brandstiftung nicht begangen habe."

In Ansehung des letzten Theils dieses gegnerischen Raisonnements wird es zur völligen Beseitigung desselben genügen zu bemerken, daß in einem Falle gedachter Art der Grund, weßhalb dem Angeschuldigten im Strafprocesse die Reinigung durch den Eid versagt wird, gar nicht mehr vorhanden ist. Dieser besteht in der Gefahr, daß ihn die Furcht vor der Strafe zu einem Meineid verleiten möge. Wo nun die Strafe nicht mehr abzuwenden ist, könnte doch nur noch der zu besorgende Vermögensnachtheil das Motiv zum Meineide sein, und dieses bildet bekanntlich keinen Hinderungsgrund für den Beweis durch Eidesdelation im Civilproceß. Man wende nicht ein, daß bei einem freisprechenden oder von der Instanz entbindenden Straferkenntnisse wenigstens die Sache anders stehe, indem hier der Beklagte den ihm deferirten Eid schon aus dem Grunde nicht verweigern könne, weil zu befürchten, daß die Ablehnung desselben als ein Indicium für seine Schuld und Grund der Wiederaufnahme des Strafverfahrens angesehen werden dürfte. Der Beklagte braucht nur einfach den Eid zu acceptiren und im Schwurtermine auszubleiben, um die Kraft dieses möglichen Indicii in so erheblichem Grade abzuschwächen, daß ein mit Ueberlegung urtheilender Strafrichter auf Grund desselben wohl zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens nicht leicht schreiten wird. Denn den contumax trifft zwar die poena nolentis jurare, aber sie stellt ihn wahrlich nicht als schuldig dar, weil Nachlässigkeit in Beobachtung der Schwurfrist, und bei einem Unschuldigen die Scheu vor dem Eide überhaupt, oder das Bestreben den Schein zu vermeiden, als habe er das Verbrechen fälschlich

abgeschworen, sehr wohl der Grund sein kann, weßhalb der acceptirte Eid nicht geschworen wird. Im Falle der Freisprechung erscheint nun der Delat rechtlich als unschuldig, es ist mithin selbst kein scheinbarer Grund vorhanden, ihn vom Eide zurückzuhalten, in der Entbindung von der Instanz liegt nur Wahrscheinlichkeit der Schuld, und solche könnte den Richter nur unter der Voraussetzung berechtigen, die Abnahme des Eides zu beanstanden, wenn sich dafür in unsern Rechten eine Bestimmung fände. Eine solche hat unsers Wissens bislang Niemand anführen können, [a]) ja! es fehlt nicht an Juristen, die dem Richter selbst dann solche Berechtigung nicht concediren wollen, wenn er sich vollständig überzeugt hält, daß die zum Schwur erbötige Partei falsch schwören wird. [b])

Die Unrichtigkeit der von uns bestrittenen Ansicht ergiebt sich jedoch noch aus gar manchen andern Momenten. Solche können nach Lage der Sache höchst verschieden sich gestalten, [c]) wie man erkennen wird, wenn man, anstatt einer vorgefaßten Meinung zu huldigen, der Praxis seinen Blick zuwendet. Dafür spricht das mit vortrefflicher Umsicht verfaßte Urtheil des Oberappellations-Gerichts zu Jena, welches uns Seuffert im 10. Bande seines Archivs sub Nr. 217 mittheilt. Dieses höchste Gericht Thürin-

---

a) Es wäre diese auch nicht mit dem Umstande zu vereinigen, daß bei halbem Beweise ein Beklagter zum purgatorium gelangt, in welchem Falle es doch auch nicht an Wahrscheinlichkeit des Gegentheils von dem, was er erhärtet, mangeln dürfte.

b) Vergl. Lotz im Archiv f. civil. Praxis Bd. 1 S. 295 ff. und Schneider, Lehre vom Beweise S. 524 ff.

c) Das Oberappellations-Gericht in München hat sich dahin ausgesprochen, daß sich für die Entscheidung der Frage, welchen Einfluß man den Strafurtheilen auf den Civilpunkt beizulegen habe, gar kein durchgreifender Grundsatz aufstellen lasse, daß vielmehr für jeden einzelnen Fall dessen Eigenthümlichkeiten maßgebend seien. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. 10. S. 318 ff.

gens erkannte auf einen von dem der Tödtung durch einen Schuß bereits schuldig erkannten, auf Alimentation der Relicten belangten Beklagten zu leistenden Reinigungseid, weil die klägerischerseits zum Beweise gebrauchten Criminal-Acten keineswegs die vom Strafgerichte angenommene Grundlage der Verurtheilung, Geständniß [a]) und Ueberführung, ergäben, auch das Beruhigen des Verurtheilten bei dem Straferkenntnisse als ein weiteres stillschweigendes Eingeständniß des — als ausgemittelt nicht anzusehenden — ursächlichen Zusammenhangs der an dem Getödteten bemerkten Wunden mit einem von dem Verurtheilten abgefeuerten Schusse nicht betrachtet werden dürfte.

§. 12.

Bevor wir unsere Erörterungen schließen, dürfen wir noch einen Blick auf die von den Geschworenen gefällten Urtheile werfen. In dieser Hinsicht müssen die sämmtlichen aufgestellten Grundsätze, wenn sie überhaupt richtig sind, ebenso gut Platz greifen als in Ansehung der nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu Stande gekommenen Urtheile, dagegen darf nicht übersehen werden, daß die von den Schwurgerichten ausgehenden Erkenntnisse in der Regel weniger beweisen werden als jene, weil es nicht auf den Ausspruch an sich, sondern auf seine Basis ankommt. Denn die nur zu oft von persönlichen Eindrücken der öffentlichen Verhandlung und dem ebenso oft falsch begründeten Rufe eines Angeklagten abhängige subjective Ueberzeugung ist die Mutter des von den Geschworenen abge-

---

a) Die Auslassungen des Angeklagten erschienen nämlich gar nicht als wirkliche directe Geständnisse, sondern als bloße Vermuthungen auf ihm vom Untersuchungsrichter gemachte Vorhalte oder sonstige ganz allgemein lautende Aeußerungen über den vom Inquirenten gegen ihn gehegten und ihm vorgehaltenen Verdacht.

gebenen Wahrspruchs, und es läßt sich mit Sicherheit nicht ermitteln, wie viel darauf bei der Berathung und Schlußfassung mag gegeben worden sein.[a])

---

a) Vergl. die von Seuffert im Archiv Bd. 10. S. 319 und Bd. 8. S. 419 ff. mitgetheilten Erkenntnisse der Oberappellations-Gerichte in München und Darmstadt.

VIII.

Ueber Vermuthungen.

§. 1.

Vermuthungen werden von den Rechtslehrern verschieden definirt. So versteht z. B. von Tevenar (Theorie des Beweises S. 32) unter Vermuthungen „Schlüsse, die sich in Eigenschaften, in Verhältnissen, Wirkungen und Folgen, die die Sachen gemeiniglich haben, und in Umständen, die solche gemeiniglich begleiten auch daher wahrscheinlich sind, gründen," — nach Weber (Verbindlichkeit zur Beweisführung V, 1.) ist eine Vermuthung „im Allgemeinen das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie zur völligen, in Rechtssachen also zur rechtlichen Gewißheit an sich nicht hinreichen würden" — Brissonius lehrt: »Praesumtio est opinio vel conjectura ducta a lege sive judice ab eo, quod ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidere solet« — Mühlenbruch giebt (§. 146 seiner Pandekten) erst die Definition einer Schlußfolgerung, worunter er „die Ableitung dessen, was eigentlich dargethan werden soll, aus andern unzweifelhaften Thatsachen (den Vordersätzen)" versteht, worauf er hinzufügt: „Genügt das Resultat der Schlußfolgerung nicht zur Begründung absoluter Gewißheit, so heißt es eine Vermuthung," — Bayer (Proc. S. 716; Aufl. 8) bezeichnet als Vermuthungen solche

Schlußfolgerungen, „welche nicht zur Gewißheit, sondern nur zur Wahrscheinlichkeit führen.“

§. 2.

In solchen Schlußfolgerungen unterscheiden wir einen Ober- und einen Untersatz (Prämisse).

Ersterer ist ein auf den Gesetzen des Denkens oder auf Erfahrung beruhender Satz, von dessen Zuverlässigkeit die Haltbarkeit des Schlusses abhängt. Manche dergleichen Sätze sind von den Rechten als solche anerkannt, welche den Schluß auf eine Thatsache rechtfertigen, bis deren Gegentheil nachgewiesen ist, und die hierauf sich gründenden Schlußfolgerungen nennt man Rechtsvermuthungen, praesumtiones juris, d. h. solche, die nach dem Ausspruche der Rechte selbst eine juristische Gewißheit begründen, jedoch nur — mit Gensler zu reden — eine Interimswahrheit. Ihnen gegenüber stehen als „gemeine“ oder praesumtiones hominis s. facti alle andern, bezüglich deren die Rechte über Zuverlässigkeit des Obersatzes nichts Bestimmtes sagen.

Den Untersatz in der Schlußfolgerung bildet diejenige Thatsache, von der man auf die andere schließen will, und es versteht sich von selbst, daß von der Richtigkeit des Schlusses keine Rede sein kann, wenn diese (s. g. „indicirende“) Thatsache nicht selbst außer Zweifel ist.[a])

§. 3.

Sobald eine von den Rechten zur Begründung einer Interimswahrheit für hinreichend anerkannte Thatsache actenmäßig feststeht, kann es zu einer Beweisführung gar nicht kommen, weil durch diese ja zunächst weiter nichts erreicht werden würde, als

a) Vergl. Planck, Beweisurtheil S. 271.

juristische Gewißheit, und eben solche bereits nach Annahme der Rechte vorhanden ist. Daher sagt man nicht mit Unrecht[a]), daß die praesumtio juris der Beweislast überhebe. Jedoch kann dem Gegner dessen, dem sie zu Gute kommt, nicht verwehrt werden zu zeigen, daß der an sich von den Rechten gebilligte Schluß auf die in Frage stehende Thatsache aus besondern Umständen im vorliegenden Falle nicht zutreffend sei, daß sich also die Sache dennoch anders verhalte, oder, wie man (nicht ganz passend) zu sagen pflegt, es ist der Gegenbeweis wider die praesumtio juris gestattet[b]).

Diejenigen Umstände, welche eine praesumtio juris begründen, hat die Partei dem Richter vorzutragen, widrigenfalls er auf sie so wenig ex officio Rücksicht nimmt als auf andere facta, von denen die Partei nichts gesagt hat; dagegen ist es nicht nöthig, daß diese die fraglichen Umstände ausdrücklich als Rechtsvermuthungen gewährende bezeichnet, weil der Richter selbst wissen soll, was die Rechte zur rechtlichen Gewißheit hinreichend ansehen.[c]) Wäre nun die eine Rechtsvermuthung begründende Thatsache selbst noch nicht actenmäßig gewiß, so bedarf sie zwar des Beweises, indeß hier wird nicht auf sie, sondern auf diejenige Thatsache interloquirt, welche aus ihr gefolgert werden soll, indem es der Partei freisteht, das, wovon ihr Anspruch abhängt, auf alle überhaupt

---

a) Das Gegentheil hat Borst („über die Beweislast" §. 30 ff.) zwar behauptet, aber nicht bewiesen; er hat Beweis der Prämissen und dessen, was sich daraus ergeben soll, verwechselt, und gar nicht bedacht, daß ersterer oft gar nicht nöthig ist.

b) Vergl. Weber l. c. V, 11. Die Partei kommt aber nur dann zu solchem Beweise, wenn sie Umstände vortrug, welche, ihre Wahrheit vorausgesetzt, zur Annahme vom Gegentheile des Präsumirten nöthigen würden. (S. Planck l. c. S. 360 verglichen mit S. 362, Note 1.) Auch wird dem Gegner dawider der directe Gegenbeweis vorbehalten werden müssen, so daß hier der Satz: „reprobatio reprobationis non datur" (scheinbar) nicht zutrifft. Vergl. Archiv Bd. 4 S. 303 Note 23.

c) Vergl. Weber l. c. V, 3. a. E.

zulässige Weise darzuthun, und ein Verzicht auf diese Befugniß nicht darin gefunden werden kann, daß die Partei Schlußfolgerungen auf jenes zulassende Umstände anführte. (Demnächst kann sie auf diese zurückkommen, ihre Beweisantretung behuf künstlicher Beweisführung darauf richten.) Andererseits verbietet auch die Rücksicht auf den Gegner bloß auf die concludente Thatsache zu interloquiren, indem dieser sonst in Ansehung des gegen das eigentlich zu beweisende factum zu führenden Gegenbeweises beschränkt sein würde.[a])

Der Richter hat stets die ganze Bedeutung einer zur Rechtsvermuthung geeigneten Behauptung einer Partei in's Auge zu fassen, weil aus derselben sich mehrere Rechtsbehelfe ergeben können.

Das Anführen der die praesumtio juris begründenden Thatsachen kann nicht weniger vor als noch in der Beweisantretung geschehen, mit dem Unterschiede im Erfolge, daß im erstern Falle, wenn jene Thatsachen wahr sind, nicht einmal eine Beweisauflage erfolgt, im letztern eine künstliche Beweisführung eintritt, deren Erfolg durch die Gesetze selbst bezeichnet wird.[b]) Indeß hat doch

---

a) Jemand war als Erbe ex mutuo belangt und schützte vor, daß der Erblasser der Kläger den von seinem Antecessor ausgestellten Schuldschein absichtlich vernichtet habe (wobei die nähern Umstände angegeben wurden), weßhalb anzunehmen sei, daß entweder die Schuld getilgt oder erlassen worden sei. Nach Seuffert (Bd. 10 Nr. 94.) entschied das Ober-Appell.-Gericht in Kiel, „es müßten beide Einreden alternativ — schon mit Rücksicht auf den der Gegenpartei freizulassenden directen Gegenbeweis dergestalt zum Beweise verstellt werden, daß der Beweissatz nicht lediglich auf diejenigen Thatsachen, welche die Vermuthung des Erlasses oder der Zahlung begründen, sondern auf diejenigen zu richten sei, welche den Einreden zu Grunde liegen, wobei es selbstverständlich dem Beklagten freistehen würde, den Beweis, auch wenn er sich zu dem Ende der Eideszuschiebung bedienen würde, auf künstliche Weise zu führen und denselben auf die vorgeführten speciellen, eine Rechtsvermuthung begründenden Thatsachen zu richten."

b) Vergl. Gensler im Archiv Bd. 4 S. 297.

der Richter darauf zu achten, daß nicht auf solche Weise Behauptungen, die im vorbereitenden Verfahren schon hätten vorgetragen werden müssen, (Einreden, Repliken ꝛc.) nachgeholt werden, womit sich die Eventualmaxime nicht vertragen würde. Näheres läßt sich im Allgemeinen hierüber nicht sagen, die Eigenthümlichkeit des concreten Falls wird entscheidend.

§. 4.

Die frühere Doctrin war in Ansehung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsvermuthung anzunehmen sei, sehr lax und in Irrthümern befangen. Man nahm einerseits solche Rechtsvermuthung schon da an, wo die Last der Beweisführung sich ganz nach den allgemeinen Regeln vertheilt[a]), dachte mit andern Worten statt an die Anwendung dieser an Ausnahmen von denselben, andererseits fand man Rechtsvermuthungen, wo nur höchstens eine erheblichere Wahrscheinlichkeit gewährende praesumtio hominis vorlag. Wahrhafte Excesse hat sich in solchen Beziehungen Schneider[b]) zu Schulden kommen lassen, ohne auch nur einmal den Versuch einer aus den Gesetzen herzuleitenden Begründung gemacht zu haben. Hierauf hat erst mit vieler Umsicht und Klarheit Weber hingewiesen[c]), und wenn er auch in seinem Eifer für Darstellung des Richtigen hin und wieder zu weit gegangen sein mag, so ist doch sein Verdienst um die Sache um so weniger zu verkennen, als seine Ansichten in der Hauptsache bislang mit schlechtem Erfolge angegriffen sind. Nach Weber[d]) wird nicht schon jeder Wahrscheinlichkeitsgrund dadurch zu einer praesumtio juris, daß

---

a) Ein sehr anschauliches Beispiel desfallsigen noch jetzt vorkommenden Irrthums hat uns Seuffert im 9. Bande seines Archivs Nr. 206 mitgetheilt.

b) l. c. §. 25—39.

c) l. c. V, 4 ff.

d) l. c. V. 5.

die Gesetze überhaupt seiner gedenken, nein! das Gesetz muß dispositive dem Richter vorschreiben, daß er einstweilen einen Thatumstand als wahr gelten lasse, bis in gegebenen Fällen die völlige und rechtlich ausgemachte Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des provisorisch im Gesetz bestätigten Satzes eintritt[a]). Wenn z. B. in c. 12 X. 2. 23[b]) angeführt wird, daß die Klage auf Ehescheidung durchdringen müsse, wenn feststehe, daß die Beklagte mit einem andern Manne entkleidet im Bette liegend betroffen wurde, so ist damit noch nicht gesetzlich bestimmt, der Richter müsse den Ehebruch jetzt bis zum Beweise des Gegentheils als wahr annehmen, vielmehr erfahren wir aus den Worten: »quod ex ejusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari« — wie es in einem von Seuffert Bd. 10 Nr. 176 mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Apell-Gerichts in Darmstadt heißt — nur so viel, daß in dem vom Ge-

---

a) Mit Recht setzt Weber diesem Falle (in Nr. V, 3 Abs. 1.) denjenigen gleich, wo sich eine Gewohnheit mit dieser Annahme gebildet hat; Gewohnheitsrecht ist ja von derselben Stärke wie das Gesetz. Nur muß die Gewohnheit selbst keinem Zweifel unterliegen; und daß solches nicht der Fall sei, dürfte sich in manchen Fällen auch gemeinrechtlich nachweisen lassen. Wenn z. B. L. 3 C. 10. 22. eine wahre Rechtsvermuthung den Quittungen über drei Jahre hinter einander bezahlte Steuern dafür beilegt, daß die Steuern aus der Vorzeit entrichtet sind, so dürfte kein Zweifel sein, daß diese Bestimmung im Wege der Gewohnheit auf ähnliche Zahlungen an Privaten ausgedehnt ist. Vergl. Puchta, Pand. §. 287, u. Archiv Bd. 4. S. 9.

b) Literis fraternitatis tuae receptis nobis innotuit, quod quum P. ab A. muliere, quam in uxorem acceperat, peteret separari, accusatores matrimonii produxerunt testes firmiter asserentes, quod postquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, consanguineum viri ejusdem solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione ut eam cognosceret carnaliter, viderunt multis locis secretis, et latebris ad hoc commodis, et horis electis: consultationi tuae taliter respondemus, quod ex hujusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari, ita quidem, ut vir licentiam habeat, mortua illa ducendi aliam, muliere sine spe conjugii remanente.

setze gedachten Falle wegen dringenden Verdachts eines Ehebruchs eine Scheidung gestattet sei, weil einem Ehemanne nicht zugemuthet werden könne, mit solcher Gattin ferner zu leben, selbst wenn es nicht zum Beischlafe gekommen sein sollte, daher die Beklagte gar nicht mit dem Beweise zuzulassen ist, daß es zum Beischlafe nicht gekommen. Vergl. Glück, Commentar Bd. 26 S. 441. — Ein ferneres sehr anschauliches Beispiel liefert L. 3 §. 1 D. 1. 15[a]), in welcher die Worte »et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium« keineswegs dispositive verkünden, daß eine culpose Brandbeschädigung oder Einäscherung in Brandfällen bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen sei, vielmehr nur gesagt ist, daß der Präfect, dem die Untersuchung und Bestrafung culposer Brandfälle zustehe, meistens, weil Fahrlässigkeit die Brände am häufigsten veranlasse, die Sache ohne Dazwischenkunft des ordentlichen Criminalrichters allein erledigen werde.

Wenn übrigens jede praesumtio juris als jus singulare erscheint,[b]) so braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß alles Generalisiren und analoge Ausdehnen, wozu sich die Aelteren so gutwillig verleiten ließen[c]), hier durchaus nicht am rechten Platze ist.

---

a) Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus, nisi qua tam atrox, tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur. Et quia plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium, ut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.

b) Vergl. v. Vangerow, Pand. §. 33 Anmerk. 2, 1 Aufl. 3.

c) Vergl. Bayer, Proc. S. 718, Aufl. 8. Auch die Neuern haben sich in dieser Hinsicht von Verstößen nicht frei gehalten. Dieses zeigt uns v. Vangerow, Pand. §. 33, Anmerkg. 2, 1. (Aufl. 3) an den Argumentationen Mühlenbruch's, Gädeke's u. s. w. Unserer obigen Behauptung gemäß entschied das Celler Ober-Appell.-Gericht (vergl. Seuffert Bd. 9 Nr. 118), indem es annahm, daß die Bestimmungen der L. 13 D. 22. 1 Qui semisses usuras promiserat, per multos annos minores praestitit; heres creditoris

§. 5.

Ganz anders steht es um die praesumtio hominis s. facti oder gemeine Vermuthung. Ihr Inhalt ist ein wahrer Beweisgrund, über dessen Stärke derjenige zu urtheilen hat, dem sie sich wirksam beweisen soll. Es ist zwar denkbar, daß eine einzige Thatsache hinreicht, um einen sichern Schluß von ihr auf eine andere zu ziehen[a]), meistens werden jedoch deren mehrere erforderlich sein, die sich einander unterstützen und ergänzen[b]). Aber auch dann, wenn bereits am Ende des vorbereitenden Verfahrens eine Anzahl derartiger Thatsachen vorläge, deren Gesammtergebniß den Richter schon überzeugte, wird dadurch der Beweis nicht überflüssig[c]). Einige Rechtslehrer erblicken indeß hierin einen anticipirten Beweis, nehmen mithin von einer Beweisauflage Abstand,

---

semisses petit, quum per debitorem non steterit, quominus minores solvat. Quaero: an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi, si in exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur, obstare exceptionem etc. und L. 5 C. 4. 32. Adversus creditorem usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio. Secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis, majores petentes ex cautione, si probaveritis, semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae majores caverat, dependisse bei der besondern Beschaffenheit des Rentenkaufs auf diesen keine Anwendung finden.

a) Hierher gehört das s. g. Alibi. — Anderer Meinung ist Weber l. c. V, 3; aber s. dagegen Heffter, Anmerkg. 3 zu S. 66 der 3. Aufl. Gensler im Archiv Bd. 1. S. 36. 346.

b) Einen sehr interessanten, durch eine Reihe von einfachen Vermuthungen entschiedenen Rechtsfall berichtet Seuffert im 4. Bande, Nr. 9 seines Archivs.

c) Vergl. Weber V, 3. a. E. Martin §. 181, I. Eine Ausnahme müssen wir machen, „wenn aus dem Beweisgrunde und der Prämisse vermöge eines ausschließenden Coexistenznexus eine physische Nothwendigkeit des streitigen Beweissatzes hervorgeht", meint wohl nicht unrichtig Gensler im Archiv Bd. 1 S. 36. Note ** und 346 Note *.

verlangen dagegen Vorbehaltung des doch immer noch möglichen Gegenbeweises [a]).

In den meisten Fällen wird die Sache so liegen, daß die als Prämissen der Schlußfolgerung erscheinenden Thatsachen noch keineswegs actenmäßig feststehen. Hier bedürfen sie natürlich des Beweises, welcher durch alle sonst zulässigen Mittel erbracht werden kann, insonderheit auch durch nothwendigen Eid sich vervollständigen oder entkräften läßt. Wird demnächst nun die Prämisse für bewiesen erachtet, so kann je nach dem Grade der sich daraus ergebenden Wahrscheinlichkeit noch ein zweiter nothwendiger Eid eintreten, was bei der Rechtsvermuthung undenkbar ist, weil die Rechte die juristische Wahrheit schon mit der bloßen Liquidität der Prämisse annehmen.

§. 6.

Die s. g. praesumtiones juris et de jure geben zu besondern Bemerkungen uns keine Veranlassung. Unsere Juristen sind auch mehr und mehr der Ansicht, daß man diese Art besser Fictionen als Präsumtionen benennen solle [b]).

---

a) S. Heffter in der Note zu Weber S. 68, Aufl. 3. Vergl. auch Gensler l. c. S. 346.

b) Vergl. Bayer Proc. S. 717. — Weindler über Vermuthungen §. 29.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.